Die sachlichen Voraussetzungen des Patentschutzes.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

eingereicht von

Fritz Oettinger

Rechtspraktikant in Regensburg.

Approbiert am 28. Dezember 1909.

47

Die sachlichen Voraussetzungen des Patentschutzes.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

eingereicht von

Fritz Oettinger

Rechtspraktikant in Regensburg.

Approbiert am 28. Dezember 1909.

ACAD. JURIDICAT. BIBL.

Druck von Theodor Lampart, Augsburg.

Referent: Universitäts-Professor **Dr. Allfeld.**

Meiner lieben Mutter.

Inhalts-Uebersicht.

Seite

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Die einzelnen Voraussetzungen in ihrem Verhältnisse zu einander 2

I. Teil: Erfindung.

§ 3. A. Allgemeines 15
B. Die Erfindung als Ergebnis schöpferischer Tätigkeit 18
§ 4. I. Ursprünglichkeit 18
§ 5. II. Produktivität. Erfindung und Entdeckung . 23
§ 6. III. Welcher Art muß die Geistestätigkeit sein? . 28
§ 7. 1. Ausführbarkeit 30
§ 8. 2. Bewußtsein des Erfolges 34
§ 9. 3. Wiederholbarkeit. 38
§ 10. C. Das technische Element in der Erfindung . 41
§ 11. Patent und Gebrauchsmuster . . . 45
D. Bedürfnisbefriedigung 51
§ 12. I. Brauchbarkeit 51
§ 13. II. Eigenartigkeit 56
§ 14. III. Fortschritt 61
§ 15. Erfindung und Konstruktion 69

II. Teil: Neuheit.

§ 16. A. Allgemeines 74
§ 17. B. Beschreibung in öffentlichen Druckschriften . 84
§ 18. C. Offenkundige Benutzung im Inlande . . 90

III. Teil: § 19. Gewerbliche Verwertbarkeit . . . 106

IV. Teil: § 20. Die negativen Voraussetzungen des Patentschutzes 113
§ 21. Schlußwort. 123

Quellen und Abkürzungen.

Allfeld: Kommentar zu den Gesetzen über das gewerbliche Urheberrecht. München 1904.

Bericht der Enquête-Kommission zur Revision des Patentgesetzes. Berlin 1887.

Boehmer: Offenkundiges Vorbenutztsein von Erfindungen als Hindernis für die Patenterteilung und als Nichtigkeitsgrund für Patente. Berlin 1887. (zit. Boehmer.)

v. Bojanowski: Die Entwicklung des deutschen Patentwesens. Leipzig 1890.

Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. (zit. Bolze mit der Angabe des Bandes.)

Dambach: Das Patentgesetz für das Deutsche Reich. Berlin 1877.

Damme: Das deutsche Patentrecht. Berlin 1906.

Davidsohn: Die Reichsgesetze zum Schutze von Industrie, Handel und Gewerbe. Gießen 1898.

Du Bois-Reymond: Erfindung und Erfinder. Berlin 1906.

Gareis: Das deutsche Patentgesetz vom 25. Mai 1877. Berlin 1877. (zit. Gareis.)

Gareis: Entscheidungen in Patentsachen. (zit. Gareis und römische Ziffer.)

GebrMustG. = Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern vom 1. Juli 1891.

GewRschutz = Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift) Berlin. Heymanns Verlag.

Hartig: Studien in der Praxis des kaiserlichen Patentamtes.

Hausding: Die Erfordernisse einer patentfähigen Erfindung in Glasers Annalen für Gewerbe und Bauwesen. Bd. 45 u. 46.

Isay: Patentgesetz und Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern. Berlin 1903.

Kaiser: Das deutsche Patentgesetz vom 7. April 1891. Leipzig 1907.

Kent: Das Patentgesetz vom 7. April 1891. Berlin 1906.

Klostermann: Das Patentgesetz für das deutsche Reich. Berlin 1877.
Kohler: Handbuch des deutschen Patentrechts. Mannheim 1900. (zit. Kohler Hdb.)
Kohler: Deutsches Patentrecht, Mannheim 1878. (zit. Kohler: PatR.)
Kohler: Forschungen aus dem Patentrecht. Mannheim 1888. (zit. Kohler: Forsch.)
Kohler: Aus dem Patent- und Industrierecht. Bd. 1—3. Mannheim 1889—1892.
Kohler: Industrierechtliche Abhandlungen und Gutachten. Bd. 1. 1899.
Komm B. I = Berichte der Reichstagskommission zum Patentgesetz von 1877. (Drucksachen des Reichstags 1877 Nr. 144.)
Komm B. II = Berichte der Reichstagskommission zum Patentgesetz von 1891. (Drucksachen des Reichstags 1890/91 Nr. 322.)
Mot I. = Motive zum Entwurfe des Patentgesetzes von 1877. (Drucksachen des Reichstags 1877 Nr. 8.)
Osterrieth: Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes. Leipzig 1908.
PA. = Patentamt.
Die Patentfrage: Sechs Preisschriften über Reform der Patentgesetzgebung. 1874.
PatG. = Patentgesetz vom 7. April 1891.
PBl. = Patentblatt.
PMZBl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.
Robolski: Theorie und Praxis des deutschen Patentrechts. Berlin 1890.
Rosenthal: Das deutsche Patentgesetz vom 25. Mai 1877. Erlangen 1881.
Schanze: Das Recht der Erfindungen und der Muster. Leipzig 1899. (zit. Schanze: ErfuMust.)
Schanze: Patentrechtliche Untersuchungen. Jena 1901. (zit. Schanze: Unters.)
Schanze: Beiträge zur Lehre der Patentfähigkeit. Berlin 1902. (zit. Schanze: Beitr.)
Schmid Paul: Die Gesetze zum Schutze des gewerblichen Eigentums. Berlin 1897. (zit. Schmid).
Schmid Euchar: Erwerb und Aufrechterhaltung des Patents. Bamberg 1908.
Seligsohn: Patentgesetz 3. Aufl. Berlin 1906.
Staub: Patentrechtliche Erörterungen. Berlin 1888.

Stenglein-Appelius: Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reichs. Berlin 1893. (zit. Stenglein).*)
Stephan-Schmid: Der Schutz der gewerblichen Urheberrechte des In- und Auslandes. Leipzig 1899.
Stuber: Die Patentierbarkeit chemischer Erfindung. Doktordissertation der juristischen Fakultät der Universität zu Bern. Bern 1907.
Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. (zit. ZeitschrfgewRschutz.)

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
CPO. = Reichszivilprozeßordnung.
Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts.
Gierke: Deutsches Privatrecht 1. Bd. 1895.
Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
JW. = Juristische Wochenschrift.
Laband: Staatsrecht. 4. Aufl. Tübingen 1901.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch.
RGCiv. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RGBl. = Reichsgesetzblatt.
RGStr. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
ROHG. = Reichsoberhandelsgericht.
StGB. = Reichsstrafgesetzbuch.

Die Kommentare und Lehrbücher werden nur mit dem Namen des Verfassers zitiert; im übrigen sind den Abkürzungen die „Vorschläge des deutschen Juristentags Berlin 1905" zugrunde gelegt.

---

*) Nach Fertigstellung der Arbeit erschien von Stenglein's Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen eine völlig neubearbeitete 4. Auflage (1. Lieferung: Berlin Juni 1909); soweit möglich wurde diese Arbeit noch berücksichtigt (zit. Stenglein 4. Aufl.).

§ 1. Einleitung.

Vergleicht man die Rechtslage auf dem Gebiete des Patentwesens, wie wir sie heute haben, mit mittelalterlichem Recht und Brauch, so fallen uns als grundlegende Schlagwörter die Worte „Recht" auf der einen, „Privileg" auf der anderen Seite auf. Wohl wurde auch in früheren Jahrhunderten der Erfinder geschützt, aber diesen Schutz erlangte er nur als Ausfluß einer Vergünstigung, als Belohnung und Anerkennung seiner Verdienste. Diese Privilegien wurden unter dem leitenden Gedanken gegeben, daß sie aus der gewillkürten staatlichen Machtfülle hervorgingen, aus dem freien Willen des Herrschers. Wie ganz anders ist das Bild, das ein kurzer Blick in die Geschichte des modernen Patentschutzes gibt! Das Patent ist zwar auch jetzt noch in erster Linie Belohnung für den Erfinder, um den Erfindergeist anzuspornen, ihm auch unter dem Schutze einer Monopolstellung zu ermöglichen, die im Kindesalter schwache Erfindung großzuziehen, aber das Patent ist kein Privileg mehr, sondern ein Recht, das dem Nachsucher erteilt werden muß, wenn die vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind. Rechtsquelle für diese Materie ist in Deutschland das PatG. vom 7. April 1891, welches in diesen Bestimmungen im wesentlichen mit seinem Vorgänger vom 25. Mai 1877 übereinstimmt.

Die Voraussetzungen sind zum Teil formeller Natur, indem die Erteilung eines Patentes nur vom kaiserlich deutschen PA. auf Grund eines Verfahrens ausgesprochen

werden kann, das beherrscht ist von den beiden Prinzipien der Anmeldung und Vorprüfung (§ 20 PatG.) Im Gegensatz zu diesen formellen Voraussetzungen stehen die materiellen, und zwar einerseits als subjektive Erfordernisse, wobei es sich um die Frage handelt: wer kann den Patentschutz für sich in Anspruch nehmen? andererseits als objektive, wobei der Gegenstand, um dessen Schutz es sich handelt, berücksichtigt wird. Die Frage nach der Person beantwortet das deutsche PatG. dahin, daß derjenige auf die Erteilung des Patents Anspruch hat, welcher den Gegenstand zuerst anmeldet (§ 3 PatG.).

Die objektiven Voraussetzungen aber werden uns im folgenden beschäftigen. Denn diese bieten, da sie, anders als die formellen und die subjektiven Erfordernisse, sich mehr auf das Gebiet der abstrakten Begriffe erstrecken, eine Fülle von Schwierigkeiten, die bisher trotz einer unerschöpflichen Literatur, trotz einer Praxis von über drei Jahrzehnten noch nicht gelöst sind und wohl noch länger den Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten bilden werden.

§ 2. Die einzelnen Voraussetzungen in ihrem Verhältnis zueinander.

Manche Patentgesetze suchen den Gegenstand des Patentschutzes durch Aufzählung zu erschöpfen und gewähren ein Patent für a) Erzeugnisse oder Stoffe, b) Verfahren oder Methoden, c) Fabrikationsmittel oder Maschinen.[1]) Das deutsche PatG. dagegen hat diese Klassifizierung als unnötig und bedenklich abgelehnt (Mot. I S. 5). Trotzdem aber

[1]) Bayer. Ges. v. 10. Febr. 1842; franz. Ges. v. 5. Juli 1844 7. April 1902; auch die Vereinigten Staaten von Nordamerika haben die Enumerationsmethode (rev. stat. v. 3. März 1897, section 4886).

wird wohl allgemein zwischen Stoff- oder Erzeugnispatenten einerseits und Verfahrenspatenten andererseits unterschieden, je nachdem die Merkmale der Erfindung räumlich oder zeitlich bestimmt sind (Isay S. 66 ff.). Ob man aber mit Isay (S. 66 ff.) und Seligsohn (S. 34 ff.) als dritte Kategorie die Maschinen anführt oder mit Kohler (PatR S. 69) und Allfeld (S. 10, 82) die Arbeitsmittel zu den Erzeugnispatenten rechnet, ist mehr von systematischer als praktischer Bedeutung. Denn nicht die äußerliche Stellung des Gegenstandes im Wirtschaftsleben, sondern seine inneren Eigenschaften sind maßgebend für die Voraussetzungen, welche das Gesetz für das Objekt des Patentschutzes vorschreibt.

Die Grundlage für diese materiellen Voraussetzungen bildet der § 1 des PatG.: „Patente werden erteilt für neue Erfindungen, welche eine gewerbliche Verwertung gestatten".

Abs. 2 schließt sodann verschiedene Kategorien von Erfindungen vom Patentschutze aus.

Sieht man von diesen negativen Voraussetzungen des Abs. 2 einstweilen ab, so ergeben sich aus dem Grundparagraphen des Gesetzes von selbst als Schlagworte „Erfindung", „Neuheit" und „gewerbliche Verwertbarkeit". Der Begriff „Erfindung" setzt sich, wie wir sehen werden, aus verschiedenen Begriffsmomenten zusammen, und mit einzelnen davon scheinen die beiden anderen Voraussetzungen des Patentschutzes, Neuheit und gewerbliche Verwertbarkeit, zu kollidieren, so daß die Auseinanderhaltung dieser Begriffe Schwierigkeiten macht. Vor allem ist aber zu fragen: Ist eine solche Abgrenzung überhaupt notwendig?

Dr. Sievers, Mitglied des für Patentsachen zuständigen ersten Zivilsenats des RG. meint: [1]) „Die Praxis hat immer

[1]) In Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 47 (1900) S. 535.

nur zu fragen, ob eine „patentfähige Erfindung“ vorliegt, und sie wird auch fernerhin schwerlich geneigt sein, sich mit den diffizilen Unterschieden zwischen der immanenten Brauchbarkeit und der akzessorischen gewerblichen Verwertbarkeit, zwischen der immanenten Eigenartigkeit und der akzessorischen Neuheit viel abzugeben.“ Wohl mit Recht wendet sich Schanze (Beitr. S. 2 f.) dagegen. Denn zum mindesten muß die Theorie die Begriffe zergliedern und das Verhältnis der einzelnen Momente zueinander beleuchten, wenn es der Gesetzgebung einerseits helfen, andererseits die Wege ebnen will. Und auch in der Praxis wird ein Patentanspruch vielfach nicht damit abgetan sein, daß man dem Anmelder auf die Frage: Warum wird der Gegenstand nicht patentiert? die Antwort gibt: weil er keine patentfähige Erfindung darstellt; auch in der Praxis müssen in der Begründung der Abweisung die einzelnen Momente auseinandergehalten werden. M. E. ist deshalb eine scharfe Scheidung der drei materiellen Voraussetzungen des Patentschutzes, Erfindungseigenschaft, Neuheit und gewerbliche Verwertbarkeit erforderlich.

So kann es nicht gutgeheißen werden, wenn Rosenthal (S. 44 ff.) aus dem Gesichtspunkte der gewerblichen Verwertbarkeit fast alle Momente des Erfindungsbegriffs folgert. Doch die Abgrenzung des Begriffes gewerbliche Verwertbarkeit von den Momenten des Erfindungsbegriffes oder richtiger die Beziehungen der beiden Begriffe zueinander, wird sich später von selbst ergeben, hier möchte ich nur das Verhältnis des Neuheits- und des Erfindungsbegriffes im vorhinein festlegen.

Das deutsche PatG. spricht in § 1 von „neuen Erfindungen“ und schließt dann in § 2 mit den Worten „eine Erfindung gilt nicht als neu, wenn sie usw.“ diejenigen Erfindungen vom Patentschutze aus, welche durch Beschreiben

oder Benutzen allgemein bekannt geworden sind. Es ist nun zu untersuchen, in welchem Verhältnis der § 2 des PatG., der von der Neuheit handelt, zu dem Erfindungsbegriff steht.

Die eine Ansicht, die wegen ihrer Einfachheit sehr verlockend ist, geht dahin: Der Ausdruck „neue Erfindung" ist ein Hendiadyoin; eine nicht neue Erfindung gibt es nicht; das Gesetz hebt das Erfordernis der Neuheit nur deshalb ausdrücklich hervor, um damit auf § 2 hinzuweisen, der den Begriff der Neuheit dann näher definiert.[1])

Die zweite Meinung, — und sie wird wohl z. Z. noch als die herrschende zu bezeichnen sein, besonders in der Praxis — die sich um den Namen Kohler gruppiert, unterscheidet zwischen subjektiver und objektiver Neuheit. Die subjektive Neuheit — daß der Erfinder etwas ihm Unbekanntes ersinnt und darstellt — sei dem Erfindungsbegriff immanent, die objektive Neuheit — daß die Erfindung auch der Allgemeinheit etwas Neues bringt — sei dagegen eine akzessorische Eigenschaft und werde in § 2 geregelt. Tatsächlich liegt hier einer der Hauptunterschiede zwischen dem literarischen und gewerblichen Urheberrecht. Auf dem Gebiete der Literatur und Kunst ist jede Schöpfung auch eine neue Schöpfung. Denn da hier die Leistung enge mit der Person des Schaffenden verbunden ist, fällt hier die subjektive und objektive Neuheit zusammen. Auf dem Gebiete des gewerblichen Urheberrechts, wo es sich um allgemein zugängliche Naturstoffe und -kräfte handelt, kann der gleiche Gedanke in verschiedenen Köpfen selbständig voneinander entstehen. Kohler ist nun der Ansicht: „Die Erfindung ist eine Schöpfung und jede Schöpfung ist original,

---

[1]) Staub S. 17 ff.; Isay § 1 Anm. 7; Robolski S. 27; v. Bojanowski S. 82; Fehlert in GewRschutz IV. S. 67; Rosenthal S. 44; Pauli in GewRschutz VIII S. 291 ff.; Baumann ebenda XI. S. 293.

d. h. etwas durch eigene Geisteskraft Hervorgebrachtes, nicht von anderer Seite Entlehntes. — — Dagegen schließt der Begriff der Erfindung nicht aus, daß das Erfundene schon von anderer Seite erfunden wurde; es schließt nicht aus, daß es bereits bekannt war; eine Erfindung ist nicht notwendig eine neue Erfindung. Wohl aber ist die Neuheit der Erfindung Bedingung der Patenterlangung." [1])

Die dritte Ansicht, die besonders scharf und entschieden von Schanze vertreten wird, unterscheidet drei Nuancen von Unbekanntheit:

1. Die subjektive Neuheit, die Originalität, — Schanze nennt diese Eigenschaft „Ursprünglichkeit" — das ist der Umstand, daß es sich um ein Produkt selbständiger Schöpfung handelt;
2. die objektive Neuheit des Erfindungsgedankens, nach Schanze „Eigenartigkeit", d. i. die Abweichung von dem, was in unserer Kulturwelt bekannt ist;
3. die objektive Neuheit der Erfindung, die § 2 des PatG. definiert, d. i. der Umstand, daß die Erfindung selbst nicht bekannt geworden ist.

Vor allem sind Eigenartigkeit und Neuheit von einander abzugrenzen. Schanze sagt (ErfuMust. S. 346): „Nehmen wir an: Jemand hat eine Einzelmaßnahme erfunden und hält sie geheim. Sobald durch eine anderweitige Erfindung gleichen Inhalts oder allmählich im Laufe der Zeit das der Einzelmaßnahme zugrunde liegende Prinzip gefunden und bekannt geworden ist, verliert die Einzelmaßnahme die Eigenartigkeit und damit inhaltlich ihren Erfindungscharakter. Die Neuheit dagegen verliert die Einzelmaßnahme, wenn sie

[1]) Kohler: Hdb. S. 178; ebenso Gareis S. 27; Reuling auf der Patententquete 1886 (StenB. S. 27); Alexander Katz in PBl. 1881 S. 79; Damme S. 135 u. a.

selbst bekannt gegeben wird."[1]) Die gleiche Ansicht vertritt auch Allfeld (S. 19) mit den Worten: „Zum Begriff der Erfindung gehört, daß das dargebotene Befriedigungsmittel gegenüber den schon vorhandenen Mitteln etwas bisher Unbekanntes, Besonderes, Eigenartiges aufweise. Dieses Merkmal des Begriffs der Erfindung selbst ist nicht zu verwechseln mit dem Erfordernis der Neuheit, welche das Gesetz für die patentfähige Erfindung noch außerdem aufstellt." Während aber Schanze seine Ansicht mit aller Schärfe und Unbiegsamkeit der Theorie durchführt, wirft Allfeld einen Blick auf die Praxis und kommt zu dem Resultat, „daß die praktische Bedeutung der prinzipiell festzuhaltenden Unterscheidung zwischen Bekanntsein des Befriedigungsmittels zur Zeit der Konzeption der vermeintlichen Erfindung und mangelnder Neuheit einer Erfindung zur Zeit der Anmeldung nicht gar zu hoch angeschlagen werden darf."

Und tatsächlich erfolgt ja in der Regel in unserem papierenen und publizistischen Zeitalter ein Allgemeinbekanntwerden — und nur dieses kommt in Betracht — durch Beschreibung in öffentlichen Druckschriften oder offenkundige Vorbenutzung und das sind ja die beiden Momente, welche auch die Neuheit nach § 2 zerstören.

Es gilt nun zu diesem Streit der Meinungen Stellung zu nehmen. Die von Staub u. a. verfochtene Ansicht, der Ausdruck „neue Erfindung" sei ein nicht zu trennender Begriff und enthalte nur ein Neuheitselement, hält einer

---

[1]) Schanze verteidigt diese Ansicht in allen seinen Werken; gleicher Meinung Allfeld S. 19; Seligsohn: Anm. 13 zu § 1; Klostermann in Endemanns Handbuch II. S. 322 f.; Kaiser S. 64; Stenglein 4. Aufl. S. 119; Osterrieth S. 58 f.; Kloeppel in GewRschutz VIII. S. 163; vereinzelt auch das RG. z. B. bei Bolze Pr. XXI Nr. 133 u. a.

klaren Betrachtung des Gesetzestextes gegenüber, der deutlich die drei Voraussetzungen der Patentfähigkeit hervorhebt, nicht stand. Auch kann man sich nicht darüber täuschen, daß sie dem Gesetzgeber eine Tautologie unterschieben will, indem er das Merkmal der Neuheit, das schon in dem Erfindungsbegriff enthalten ist, nochmals als Adjektivum hinzufügte. Und diesen Vorwurf darf die Interpretation dem Gesetzgeber erst dann machen, wenn eine andere Auslegung ausgeschlossen erscheint. Aber abgesehen davon scheint mir ein Punkt, der bisher wenig beachtet wurde, sehr gegen Staub's Ansicht zu sprechen. Der Entwurf des PatG. 1877 lautete in § 2:

„Eine Erfindung liegt nicht vor, wenn der Eintritt des beabsichtigten Erfolges nach den Gesetzen der Natur als unmöglich anzusehen ist.

Eine Erfindung gilt dann nicht als neu, wenn sie usw."

Die Verschiedenheit des Ausdrucks zeigt, daß der Gesetzgeber die Neuheit des § 2 als ein akzessorisches Merkmal betrachtet, welches mit dem Erfindungsbegriff nichts zu tun hat; denn sonst würde es wohl in Abs. 2 ebenso heißen, wie in Abs. 1 „eine Erfindung liegt nicht vor, wenn sie usw." Wenn auch dann Abs. 1 als selbstverständlich gestrichen wurde, so beweist doch die Verschiedenheit des Ausdrucks im Entwurf überzeugend, daß Erfindung und Neuheit zwei selbständige Erfordernisse sind.

Bei der Betrachtung der beiden anderen Ansichten ist der springende Punkt in der Frage zu suchen: Gehört zum Begriff der Erfindung das Moment der objektiven Neuheit? Beantwortet sich diese Frage mit nein, dann bleibt nur der eine akzessorische Neuheitsbegriff, den § 2 erläutert, übrig, wird aber die Antwort bejahend, dann wird zwischen

der immanenten Eigenartigkeit und der akzessorischen Neuheit zu unterscheiden sein.

In den Mot I (S. 17) heißt es: „Unter welchen Voraussetzungen in dem von einem Patentsucher angemeldeten Gegenstande oder Verfahren tatsächlich etwas Neues zu erblicken ist, läßt sich durch Gesetz nicht bestimmen. Die das Patentgesuch prüfende Behörde hat dies nach den Umänden des einzelnen Falles zu beurteilen. Der Entwurf spricht indes den Charakter der Neuheit denjenigen Erfindungen ab, welche zur Zeit der Anmeldung entweder in öffentlichen Druckschriften bereits derart beschrieben oder im Inlande bereits so offenkundig benutzt sind, daß danach die Benutzung durch andere Sachverständige möglich erscheint."

Die Stelle ist etwas unklar; doch glaube ich mit Schanze (ErfuMust. S. 324), daß darin die Rechtsauffassung zum Ausdruck gebracht wird: Ob „in dem angemeldeten Gegenstande oder Verfahren etwas Neues liegt" d. h. ob das gebotene Mittel eigenartig ist, hat die prüfende Behörde nach ihrem Ermessen zu beurteilen; ob dagegen die „Erfindung neu ist", bestimmt sich nach § 2 des Gesetzes.

Welche Stellung nimmt nun der Sprachgebrauch zu dieser Verschiedenheit der Ansichten ein? Verbindet die deutsche Zunge, das deutsche Ohr mit dem Worte Erfindung den Gedanken an etwas objektiv Neues. Staub sagt (S. 18): „Wer etwas, was allgemein bekannt ist, durch Millionen Versuche selbst herausgefunden hat, statt sich's vom Nachbar durch einen Handgriff zeigen zu lassen, ist im Sprachgebrauch des Lebens kein Erfinder, sondern ein unglücklicher Tropf, der etwas erfinden wollte und nur gefunden hat, was alle schon kannten. Die objektive Neuheit, die Neuheit für die Allgemeinheit gehört nach dem Sprachgebrauch zum Worte Erfindung."

Kohler meint das Gegenteil. Nach ihm ist es eine Erfindung, wenn ein einsiedlerischer Sonderling, der von einer Schreibmaschine noch nie etwas gehört hat, aus eigenem Schaffen einen derartigen Apparat herstellt, oder wenn ein Robinson, der keine Naturwelt kennt, eine Schere oder ein Spinnrad sich schafft.

Ich glaube, was den Sprachgebrauch des Volkes anlangt, haben beide recht. Wenn man von einem Menschen hört, der etwas allgemein bekanntes, das aber er nicht kannte, durch eigene Geistesschöpfung neu ersonnen hat, so gibt man ihm zwar den Namen Erfinder, nennt seine Schöpfung wohl auch Erfindung, ist sich aber wohl bewußt, das Wort dabei rein persönlich, vom Standpunkt des Urhebers aus, im subjektiven Sinne, zu gebrauchen. Aber wenn auch der Sprachgebrauch bei dem Worte „Erfindung" zum Subjektivismus neigt, für die Beurteilung kommt nur die objektive Bedeutung in Betracht und zu dieser gehört, daß das Geschaffene nicht nur für den Urheber, also subjektiv, sondern auch für die Allgemeinheit, objektiv, neu ist.

Schanze unterscheidet daher m. E. richtig:

1. Ursprünglichkeit,
2. Eigenartigkeit und
3. Neuheit.

Das Resultat der Erfindung ist, wie wir später sehen werden, ein Befriedigungsmittel menschlicher Bedürfnisse und dieses muß von den bereits bekannten Mitteln abweichen, wenn man von einer Erfindung sprechen will. Daß ein derartiges Moment in dem Erfindungsbegriff enthalten ist, wird auch von den Vertretern der ersten Ansicht, welche, wie Staub, den Doppelbegriff als ein Hendiadyoin betrachten, behauptet; es findet auch darin eine Stütze, daß ein Teil

der Anhänger Kohlers das unbefriedigende Resultat dadurch ausgleichen will, daß sie den § 2 exemplikativ auffassen, wie wir später sehen werden; diese stehen Schanze im praktischen Ergebnis noch näher. Diese alle empfinden es, eine nicht neue Erfindung ist eine contradictio in thesi. Die logische Konsequenz aber für diese Empfindung, die mit den Motiven des Gesetzes und dem Sprachgebrauch im Einklang steht, ist die Unterscheidung zwischen Eigenartigkeit und Neuheit. Eigenartigkeit ist vorhanden, wenn der Gegenstand, um den es sich handelt, sich von dem bisher Bekannten unterscheidet. Ist dies der Fall, so liegt, die übrigen Erfordernisse vorausgesetzt, eine Erfindung vor. Das genügt aber noch nicht, vielmehr verlangt das Gesetz weiter, daß die Erfindung selbst noch nicht an die Oeffentlichkeit gedrungen ist und hier setzt § 2 ein und bestimmt die Momente, durch welche ein Publikwerden erfolgen kann. „Ob eine Erfindung als neu zu betrachten ist, diese Frage beantwortet sich ausschließlich aus § 2 des Gesetzes. Ob aber in dem Geisteserzeugnis eine solche Bereicherung der menschlichen Bedürfnisse, ein solcher Fortschritt gegenüber dem bisherigen Zustand zu erblicken ist, daß es in der Tat als Erfindung eingeschätzt werden kann, diese Frage ist im Gesetze nicht beantwortet, ist also in jedem einzelnen Falle zu entscheiden." (Kaiser S. 64 f.)

Schanze (ErfuMust. S. 349) berichtet von einem praktischen Fall, bei dem der Unterschied deutlich zutage tritt. Im Sommer 1897 hielt ein Ingenieur Rudolf Diesel aus München auf der Jahresversammlung deutscher Ingenieure zu Wilhelmshöhe einen Vortrag über einen von ihm erfundenen Wärmemotor. Das war zweifellos eine Erfindung; sie war auch neu, da ja ein Vortrag nach § 2 nicht neuheitszerstörend ist. Wenn aber diese Erfindung nicht zum

Patent angemeldet wurde, so konnte doch dieser Wärmemotor nicht mehr von einem anderen erfunden werden; denn die Idee wäre dann nicht mehr eigenartig, nicht mehr eine Erfindung gewesen.

Das Resultat, die Unterscheidung zwischen Neuheit der Erfindung und Eigenartigkeit des Erfundenen, ist aber gar nicht so befremdend. Denn das Gesetz vom 11. Januar 1876, das sich mit dem Schutze der Geschmacksmuster befaßt, sagt in § 1 Abs. 2: „Als Muster oder Modelle im Sinne dieses Gesetzes werden nur neue und eigentümliche Erzeugnisse angesehen" und in § 7 Abs. 2 „die Anmeldung und Niederlegung muß erfolgen, bevor ein nach dem Muster oder Modelle gefertigtes Erzeugnis verbreitet wird."

Ebenso unterscheidet Art. 7 des schweizerischen Gesetzes betr. die gewerblichen Muster und Modelle vom 21. Dezember 1888: „Eine bewerkstelligte Hinterlegung ist als nichtig zu erklären:

1. wenn die hinterlegten Muster und Modelle nicht neu sind;
2. wenn sie vor der Hinterlegung in gewerblicher Weise bekundet geworden sind."

In beiden Fällen ist zuerst von der Eigentümlichkeit und dann von der Neuheit die Rede. Wenn Damme (S. 154) diese Analogieen mit der Bemerkung abtun will, es handle sich hier um eine „überwundene Unklarheit, welche sich in Tautologieen zu erschöpfen pflegt", so mag das vielleicht für die älteren Gesetze z. B. das bayerische Privilegiengesetz vom Jahre 1842 zutreffend sein, nicht aber für die beiden oben angeführten neueren Gesetze, zumal da ja das PatG. von 1877, dessen Bestimmungen in dieser Beziehung vollständig in das von 1891 übergegangen sind, fast aus der gleichen Zeit stammt, wie das oben zitierte Geschmacksmustergesetz.

Noch deutlicher ist in dem bisher wenig beachteten Analogon des russischen Privilegiengesetzes vom 20. Mai 1896 zwischen Eigenartigkeit und Neuheit unterschieden. Da beschränkt Art. 3 den Schutz auf Vervollkommnungen, welche etwas wesentlich Neues enthalten — damit ist die Eigenartigkeit getroffen — und Art. 4 schließt dann bestimmte Erfindungen aus, nämlich unter c) diejenigen, welche im Inland bereits in Anwendung oder in der Literatur in hinreichender Weise beschrieben sind — also im wesentlichen die gleichen Momente, welche auch bei uns die Neuheit zerstören — und unter e) diejenigen, „welche nichts wesentlich Neues (Art. 3) enthalten, sondern nur unbedeutende Abänderungen schon bekannter Erfindungen und Vollkommnungen sind." Wie also das russische Gesetz deutlich durch die Nebeneinanderstellung und den Hinweis auf Art. 3 die Verschiedenheit der zwei Neuheitsmomente andeutet, ist auch im deutschen Patentrecht Neuheit und Eigenartigkeit zu scheiden.

Ich weise aber nochmals darauf hin, daß an dem Unterschied zwar theoretisch festzuhalten ist, daß aber in der Praxis die Verschiedenheit das Resultat wenig ändert. Deshalb ist es auch begreiflich, wenn die Judikatur sich zu der Unterscheidung zwischen Eigenartigkeit und Neuheit ziemlich ablehnend verhält und es vielfach unterläßt, in streng logischer Reihenfolge zuerst die Frage zu prüfen: Ist der angemeldete Gegenstand eine Erfindung? und dann: Ist die Neuheit gewahrt?, sondern die beiden prinzipiell zu trennenden Begriffe vermischt. So wird oft, wenn es an der Eigenartigkeit, mithin an der Erfindungsqualität fehlt, das Patent wegen mangelnder Neuheit verweigert. Von den vielen Entscheidungen, welche sich dafür als Beispiele anführen ließen, will ich nur den Streitfall über das Aristonpatent erwähnen. Gegen dieses Patent wurde Nichtigkeitsklage er-

hoben, weil im „Grünen Gewölbe“ in Dresden ein Kunstwerk ausgestellt sei, der sog. „Turm von Babel“ aus dem Jahre 1602, das ein gleiches mechanisches Musikwerk, wie das patentierte Ariston, enthalte. Das PA. gab der Nichtigkeitsbeschwerde statt (b. Gareis VI. 99), das RG. stellte das Patent wieder her (b. Gareis VI. 113). Beide Entscheidungen operieren aber mit dem Begriffe der offenkundigen Vorbenutzung als der Neuheit nach § 2, während es sich nach Schanze (ErfuMust. S. 353) nur darum handelte, ob das Ariston Eigenartigkeit besaß, d. h. eine Erfindung war, eine Frage, die Schanze bejaht, da die Konstruktion des „Turmes von Babel“ nicht allgemein bekannt war. Wie aber die Praxis hier eine Scheidung zwischen Neuheit und Eigenartigkeit unterläßt, ist es in den meisten Fällen. Eine Ausnahme macht eine Entscheidung des RG. (PMZBl. X. 225), wo es heißt: „Es erscheint nicht ohne Belang, daß die Vorinstanz in dem Teile der Entscheidungsgründe, wo sie theoretisch die Voraussetzungen der Schutzfähigkeit eines Musters erörtert, nur des Erfordernisses der „Neuheit“ des Musters gedenkt, nicht auch des der ‚Eigentümlichkeit‘.“ Ebenso unterscheidet das RG. in PMZBl. IV. S. 4 ff. scharf zwischen Neuheit und Eigenartigkeit.

Doch sind das Ausnahmen; im allgemeinen lassen die Entscheidungen die Abgrenzung vermissen. Schanze (Beitr. S. 198) führt dies auf französischen Einfluß zurück. Im franz. PatG. sind weder die Voraussetzungen der Erfindungsqualität, noch die der Neuheit spezifiziert, ihre Beurteilung ist vielmehr dem richterlichen Ermessen überlassen. Da aber bei uns zwar nicht der Erfindungsbegriff, wohl aber der Neuheitsmangel gesetzlich festgelegt ist, ist auf die Auseinanderhaltung der beiden Begriffe größeres Gewicht zu legen.

I. Teil: Erfindung.

§ 3. A. Allgemeines.

Das deutsche PatG. vom 7. April 1891 hat in Uebereinstimmung mit seinem Vorgänger vom Jahre 1877 den Begriff Erfindung nicht definiert und befindet sich dabei im Einklang mit den anderen deutschen Urheberrechtsgesetzen, welche gleichfalls mit undefinierten Begriffen (Schriftwerk, Kunstwerk, Modell usw.) operieren. In den Mot I heißt es: „Eine Definition von Erfindung ist absichtlich nicht gegeben, weil dieselbe nicht in das Gesetz gehört, sondern der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen werden muß". Ueber das Fehlen einer Definition hat besonders die Industrie geklagt und angeführt, es sei ein unbefriedigender Zustand, wenn der Patentsucher nicht beurteilen könne, ob der angemeldete Gegenstand die gesetzlichen Voraussetzungen erfülle. Der Mangel einer Definition des Erfindungsbegriffes führe zu einer Spannung zwischen Patentsucher und Prüfungsbehörde, weil ein objektiver Maßstab für die Beurteilung der Patentfähigkeit fehle. Auch sei eine Legaldefinition die Voraussetzung für eine gewisse Gleichmäßigkeit der Rechtspflege.

Deshalb war die erste Frage, welche der aus Anlaß der Revision des PatG. im Jahre 1886 einberufenen Enquete vorgelegt wurde: „Hat das Fehlen einer gesetzlichen Begriffsbestimmung der Erfindung erhebliche praktische Nachteile mit sich gebracht und lassen sich diese durch die Aufnahme einer Begriffsbestimmung in das Gesetz verhüten?" (Ber. S. 3 ff.)

Diese Frage wurde von der Majorität wohl mit Recht verneint. Denn gerade bei dem relativen Charakter des Erfindungsbegriffes ist ein Spielraum für die Verschiedenheit der Auffassungen unerläßlich. Eine Legaldefinition müßte alle Erscheinungen, welche im Rechtsverkehr zutage treten, umfassen, dürfte aber kein neues Moment hinzutreten lassen. Aendern sich dann die stetig fortarbeitenden Erscheinungen des gewerblichen Lebens, so würde immer noch die alte Legaldefinition fortbestehen, bis völlige Unerträglichkeit zu Legalinterpretation, Ergänzung oder Aenderung, jedenfalls aber zu Flickwerk führen würde. Da eine Legaldefinition größere Stabilität besitzt und umständlicher abzuändern ist, das Rechtsleben auch mehr belastet, wenn sie falsch wird, als wenn Theorie und Praxis die Prinzipien festzustellen haben, ist es sicher richtig, einen so flüssigen Begriff, wie es die Erfindung ist, nicht gesetzlich zu definieren. — Alsbald nach dem Erscheinen des Gesetzes wurde begonnen, in Kommentaren, wie in einzelnen Abhandlungen, die fehlende Begriffsbestimmung zu geben und noch heute werden immer neue Fassungen einer Definition aufgestellt (ein Teil ist bei Seligsohn PatG. 2. Aufl. Nr. 3 zu § 1; Schanze: ErfuMust. S. 27 angeführt). Aber keiner dieser Definitionen, die teils von der Tätigkeit des Erfinders, teils von dem Resultat der Erfindung ausgehen — Kohler definiert sogar die Erfindung im subjektiven und objektiven Sinne — keiner ist es gelungen, eine erschöpfende Formel aufzustellen und so liegt der Schluß nahe, daß eine umfassende Definition für den Erfindungsbegriff nicht möglich ist. Aber diese Unmöglichkeit, eine Definition im sprachlichen Sinne zu geben, halte ich im Gegensatz zu Schanze (ErfuMust. S. 227 ff.) nicht für eine vorübergehende, die nur darauf zurückzuführen sei, daß in der Wissenschaft über die einzelnen Merkmale noch zuviel

Streit herrscht. Ich glaube vielmehr, daß der Begriff der Erfindung dauernd nicht definiert werden kann, und zwar deshalb, weil er ein relatives Moment, ein Werturteil enthält, nämlich die Vergleichung, ob der Erfindungsgegenstand gegenüber dem Vorhandenen einen Fortschritt aufweist, und weil diese relative Seite des Begriffes sich nicht in eine Formel kleiden läßt, vielmehr einen Spielraum für richterliches Ermessen erfordert.[1])

Sollen wir aber deshalb die Hände in den Schoß legen? Keineswegs. Wenn eine formale Definition auch nicht möglich ist, so ist immerhin eine klärende und erläuternde Beleuchtung der im Erfindungsbegriff enthaltenen Momente möglich und notwendig, um den abstrakten Begriff so nahe als möglich an die konkreten Fälle heranzuführen. Denn ebenso wie wir z. B. Pflanzen und Tiere, Bäche und Flüsse und dergleichen nach objektiven Merkmalen unterscheiden, obwohl eine Verbaldefinition unter Umständen schwierig ist, und obwohl es auch hier zweifelhafte Grenzfälle gibt, ebenso können wir auch hier die einzelnen Begriffselemente untersuchen und auf diese Weise die Erfindung gegen verwandte Erscheinungen abgrenzen. Eine derartige Betrachtung wird auch mehr Klarheit verschaffen als ein Tasten und Suchen nach einer formalen Definition.

Im folgenden will ich die einzelnen Begriffsmomente beleuchten und zwar zuerst die Erfindung insofern als Produkt schöpferischer Tätigkeit, als Ursprünglichkeit, Produktivität und Wiederholbarkeit Voraussetzungen der Erfindungseigen-

---

[1]) Ebenso Isay Anm. 2 zu § 1; Robolski S. 6; ähnlich wurde auch in der Kommission des Reichstages (Drucks. des Reichst. 1890/91, Nr. 322, S. 2) das Fehlen einer Legaldefinition damit begründet, daß es sich „um die Schätzung des Wertes geistiger Arbeit handle".

schaft sind, sodann will ich über die Beschränkung der Erfindung auf technisches Gebiet sprechen und schließlich über die Forderung, daß es sich um ein eigenartiges, wertvolles Mittel zur Befriedigung eines menschlichen Bedürfnisses handeln muß.

B. Die Erfindung als Ergebnis schöpferischer Tätigkeit.

§ 4. I. Ursprünglichkeit.

Wenn man das Wort Erfindung hört, so denkt man in erster Linie an ein selbständiges Schaffen und dieses Begriffselement enthält als erste Forderung die der Ursprünglichkeit, der Originalität. Man versteht darunter die schon oben erwähnte subjektive Neuheit, d. i. den Umstand, daß die Erfindungsidee dem eigenen Geiste entsprungen, nicht von anderen entlehnt ist.

Das Erfordernis der Ursprünglichkeit wird von einigen bestritten, so besonders von Isay. Denn im ganzen PatG. sei vom Erfinder nicht die Rede und nach § 3 Abs. 2 und § 22 Abs. 1 PatG. bedürfe es zur Abweisung des Einspruchs desjenigen, dem der Inhalt der Erfindung entlehnt sei. Daraus gehe hervor, daß „das deutsche PatG. zum Tatbestandsmoment seiner Normen nirgends die Urheberschaft, sondern überall den Besitz der Erfindung mache.[1])

Und Staub meint, daß zwar der Sprachgebrauch, nicht aber das Gesetz subjektive Neuheit fordere. „Das deutsche PatG. (andere PatG., z. B. das amerikanische, verlangt vom

[1]) Isay S. 57; Staub S. 18 f.; ebenso Stephan-Schmid S. 16 f.; Kent S. 54. Anders die herrschende Meinung.

Anmelder einen Eid, daß er selbst der Erfinder sei) kümmert sich überhaupt nicht um die subjektive Erfindungstätigkeit, sondern nur um das objektiv Erfundene. Dieses wird patentiert, ohne Untersuchung und Beweis, ob derjenige, der das erfundene Objekt der Behörde präsentiert, auch wirklich das Verdienst hat, es erfunden zu haben."

Nach meiner Ansicht darf ein Begriff, der wie der der Erfindung Gemeingut ist, sich nicht ohne zwingende Gründe andere Begriffselemente beilegen als der Sprachgebrauch. Wenn, wie Staub zugesteht, der Sprachgebrauch unter „Erfindung" nur das durch ursprüngliche schöpferische Tätigkeit Entstandene versteht, wird der Jurist nicht ohne weiteres das Moment der Ursprünglichkeit streichen dürfen. Es ist aber gar nicht nötig, den Sprachgebrauch so zu vergewaltigen. Die ganze Polemik von Isay und Staub beruht m. E. auf mangelnder Unterscheidung zwischen den beiden Begriffen Ursprünglichkeit und Urheberschaft des Anmelders, ferner auf einer Vermischung der Rechtsfrage mit der Beweisfrage.[1])

Bei der Urheberschaft handelt es sich um die Frage: wer ist zur Patenterlangung legitimiert? und diese Frage entscheidet das deutsche Gesetz zugunsten des Anmelders, so daß es gleichgültig ist, ob der Anmelder auch der Erfinder ist. Etwas anderes aber ist die Ursprünglichkeit, d. i. die Frage: welcher Gegenstand ist patentfähig? und da fordert das Gesetz, naturgemäß dem Sprachgebrauch folgend, daß die Erfindung das originelle, ursprüngliche Geistesprodukt zwar nicht gerade des Anmelders, aber irgend eines Menschen

[1]) Ebenso Schanze: ErfuMust. S. 330 ff.; Piloty in Annalen des Deutschen Reichs Bd. 30 (1897) S. 413, 422; auch Allfeld S. 3 f.; Damme S. 135 ff. und die meisten Patentrechts-Schriftsteller behandeln die subjektive Neuheit als zum Wesen der Erfindung gehörig.

ist. Nicht in bezug auf den Anmelder muß sie Originalität haben, aber sie muß von irgend jemand selbständig ersonnen sein und darf nicht etwa allmählich aus dem Volksgebrauch sich herausgebildet haben.

Auch Kohler sagt (PatR. S. 34): „Das deutsche Gesetz hat das Requisit der Neuheit scheinbar dadurch relaxiert, daß der Mangel der Originalität nur auf den Antrag dessen berücksichtigt wird, dem die Kombination entlehnt wurde. Indes ist dies keine Abweichung vom Prinzip; denn einmal muß die Kombination original ersonnen sein."

Auch die Vermischung der Rechtsfrage mit der Beweisfrage hat zu dem Irrtum Isays und Staubs beigetragen. Die prüfende Behörde prüft faktisch nur in den seltensten Fällen auf Ursprünglichkeit. Daraus ist aber nicht zu schließen, daß dies Moment nicht zu den Voraussetzungen der Erfindungseigenschaft zu rechnen ist; vielmehr begründet der Nachweis der Eigenartigkeit auch die Vermutung der Ursprünglichkeit. Wenn aber das PA. durch die Angabe des Anmelders entnehmen muß, daß der Gegenstand nicht ursprünglich geschaffen ist, sondern sich etwa durch allmähliche Uebung herausgebildet hat, dann ist der Begriff der Erfindung zu verneinen. Mag also auch die Beweislast das PA. treffen und mag der Beweis oft schwierig sein und deshalb unterbleiben, die Rechtsfrage ist in dem Sinne zu entscheiden, daß die Ursprünglichkeit ein Begriffselement der Erfindung ist.

Hier ein Wort über die entdeckten Erfindungen, das sind solche, welche von irgend jemand, sei es vor langer Zeit und in fernen Ländern gemacht und dann neu aufgefunden, entdeckt wurden. In den Ländern, welche Einführungspatente haben, z. B. Belgien, wird durch diese den entdeckten Erfindungen Schutz zuteil. Da aber das deutsche

Gesetz Einführungspatente nicht kennt, wird die Stellungnahme zu dem Erfordernis der Ursprünglichkeit die Grundlage für die Entscheidung über entdeckte Erfindungen bilden. Wenn ein europäischer Reisender auf einer Insel, die vollständig außerhalb unserer Kultursphäre liegt, ein Verfahren in Gebrauch sieht, das sich allmählich herausgebildet hat und dieses bei uns einführt, so kann unmöglich dieses Verfahren, das vorher keinen Anspruch auf Erfindungsqualität machen konnte, da es ja nicht durch schöpferische Tätigkeit entstanden ist, durch die Einführung bei uns plötzlich eine Erfindung werden. Anders liegt es natürlich, wenn man eine wirkliche Erfindung, die in einer anderen Kultursphäre gemacht wurde, bei uns anmeldet; warum soll diese plötzlich die Erfindungsqualität verlieren? Es wird eben darauf ankommen, ob das Verfahren seinem Ursprung nach eine Erfindung ist, wenn auch die eines anderen Subjekts als des Anmelders, mit anderen Worten, ob der Gegenstand Ursprünglichkeit aufweist. [1])

Auch Kohler würde, da auch er Ursprünglichkeit zu den Erfindungsmerkmalen rechnet, zu diesem Resultat kommen, wenn er nicht, m. E. völlig unbegründet, die Forderung aufstellen würde, daß der Anmelder zwar nicht der wirkliche, aber der mögliche Erfinder sein muß (Hdb. S. 303 f.)

Was ist nun unter Ursprünglichkeit zu verstehen? Man hat das Erfordernis auf verschiedene Weise ausgedrückt, über das Wesen der Eigenschaft aber herrscht Uebereinstimmung. Mag man von Originalität oder von Neuheit im subjektiven Sinne sprechen, mag man das Erfordernis Witz, Pointe nennen, alle diese Bezeichnungen meinen die

[1]) Ebenso Schanze: ErfuMust. S. 222 ff. und die herrschende Lehre; a. M. natürlich Isay, der ja das Erfordernis der Ursprünglichkeit leugnet.

gleiche Eigenschaft und man kann, ohne auf die Polemik Schanzes gegen Kohler[1]) über die Bezeichnung als Ursprünglichkeit oder als Originalität einzugehen, das Wesen dieser subjektiven Neuheit dahin erklären, daß das Erfundene durch eigene Geistestätigkeit des Schöpfers entstanden sein muß. Die Erfindung muß den Stempel der Individualität tragen, darf weder von anderen entlehnt, noch im Laufe des Kulturfortschritts aus der allmählichen Uebung der Allgemeinheit sich entwickelt haben. Viele Ideen treten in das Leben, ohne daß sie erfunden wurden. Namentlich bei Völkern mit tiefstehender Kultur werden gewöhnlich neue Gegenstände oder ein neues Verfahren aufgegriffen, und erst nachträglich wird ihre Bedeutung erkannt. Hier kann man nicht von Erfindung reden, wenn rein empirisch, ohne jeden Erkenntnisakt eine Idee sich durch allgemeine Uebung herausbildet. „Eine technische Maßnahme, die langsam im Laufe der Kulturentwicklung durch das Zusammenwirken vieler, vielleicht ganzer Generationen gezeitigt worden ist, entbehrt des Erfindungscharakters." (Schanze: ErfuMust. S. 328.)

Die Forderung der Ursprünglichkeit verlangt aber nicht, daß der Erfinder frei im Geistesraume sich bewegt, vielmehr ist es natürlich, daß das Erfinden ein Weiterbauen auf dem Boden des Bekannten ist; deshalb braucht das Erfundene nicht in jeder Beziehung Eigenschöpfung zu sein. Oft ist das Problem bekannt und viele haben schon vergebens die Lösung versucht — ich erinnere an das Problem der Luftschiffahrt — und durch die Erfindung wird der Welt die Lösung des Problems gegeben. Mitunter aber wird durch die Erfindung eine Aufgabe, ein Problem gestellt, deren Lösung sich dann mit bekannten Mitteln von selbst ergibt.

[1]) Schanze: ErfuMust. S. 328, Beitr. S. 178; dagegen Kohler: Hdb. S. 204.

Ich weise hier nur kurz auf Davys Sicherheitslampe hin, von der ich später noch ausführlicher zu handeln haben werde. Ueberhaupt steht die Eigenschaft der Ursprünglichkeit in engem Zusammenhang mit anderen Momenten des Erfindungsbegriffes; mit dem Moment der Eigenartigkeit trifft sie praktisch insofern zusammen, als der Erfinder das bisher Unbekannte durch eigene schöpferische Geistestätigkeit hervorbringt; andererseits fußt das Moment der Ursprünglichkeit zusammen mit der im folgenden behandelten Produktivität auf dem Grundsatze, daß die Erfindung das Ergebnis schöpferischer Geistestätigkeit ist.

§ 5. II. Produktivität. Erfindung und Entdeckung.

Wir wollen nunmehr das Erfordernis schöpferischer Tätigkeit nach einer anderen, allgemeineren Seite hin betrachten. Denn das Moment der Menschenschöpfung ist es, was die Erfindung von ihrer Schwester, der Entdeckung, unterscheidet.

Manchmal ist die Grenze leicht erkennbar und man wird ohne weitere Ueberlegung, lediglich dem sprachlichen Empfinden folgend, die Auffindung einer Insel oder eines neuen Körpers am Sternenhimmel eine Entdeckung nennen. Auf technischem Gebiete ist aber die Abgrenzung oft schwierig. Schanze (ErfuMust. S. 24 ff.) unterscheidet folgendermaßen. In genetischer Beziehung liegt der Unterschied darin, daß das Erfinden produktiven, das Entdecken rezeptiven Charakter hat, inhaltlich dagegen ist die Erfindung ein Spezialfall der Entdeckung.

Dagegen kämpft Bauke,[1]) der zwar zugibt, daß die

[1]) Bauke in GewRschutz IV S. 153 ff. und V S. 158 ff.; gegen ihn wieder Schanze in GewRschutz: V S. 73 ff. und Unters. S. 385 ff.

Erfindung produktiv, aber leugnet, daß die Entdeckung rezeptiv ist; die Unterscheidung der genetischen und inhaltlichen Betrachtung läßt er nicht gelten. Ich halte diesen Streit für unfruchtbar, denn er dreht sich hauptsächlich um Worte. Bauke stößt sich vor allem an dem Ausdruck, die Entdeckung sei rezeptiven Charakters, denn damit sei fälschlich die Entdeckung als minderwertige Tätigkeit hingestellt. Aber auch Schanze verbindet mit seinem Worte kein Werturteil und so geht der Streit mehr um das Wort rezeptiv als um das Wesen der Erfindung. Die Behauptung Schanzes, daß die Erfindung inhaltlich ein Spezialfall der Entdeckung sei, möchte ich zwar nicht unterschreiben, da nicht jede Erfindung zugleich eine Entdeckung ist, doch handelt es sich hier in erster Linie um den Unterschied in genetischer Beziehung, um die Frage: Ist es richtig, daß Voraussetzung der Erfindung im Gegensatz zur Entdeckung ein Schaffen ist?

Diese Frage wird fast allgemein in Wissenschaft und Praxis bejaht. Kohler sagt: „Wesentlich für den Begriff der Erfindung ist das Erfordernis der eigenartigen Schöpfung. Wo dieses Erfordernis fehlt, kann nur von Entdeckung, nicht aber von Erfindung die Rede sein. Die Entdeckung enthüllt und entschleiert etwas in der Natur bereits Vorhandenes, die Erfindung schafft etwas, das in der Natur nicht vorhanden und nur der menschlichen Kombination zu verdanken ist.“ [1]) Mit Kohler kommt die Mehrzahl der Schriftsteller zu dem Resultat, daß die Entdeckung, wie schon der Name

---

[1]) Kohler: PatR. S. 32 f.; ebenso die herrschende Meinung: Staub S. 5; Landgraf S. 1; Allfeld S. 4; Rosenthal S. 44; Robolski S. 44; Gierke S. 863; Klostermann S. 113 f.; Kaiser S. 58 f. u. a. Ebenso die Praxis: JW. 1889 S. 173 f., 1898 S. 79, 513; bei Gareis III 194 ff.; VII 53; PBl. 1881 S. 41 u. a.

sagt, die Enthüllung einer bereits vorhandenen, aber der allgemeinen Kenntnis entzogenen Erscheinung ist, während die Erfindung etwas noch nicht vorhandenes schafft.

Auch die Praxis steht auf dem Standpunkt: „Eine Erfindung liegt erst vor, wenn durch menschliche Arbeit Bedingungen gesetzt werden, unter denen ein Naturgesetz in die Erscheinung tritt, das vorher und ohne die Arbeit sich nicht betätigte." (JW. 1903 S. 187.)

Dagegen meint Gareis (S. 28): „Der schroffe Gegensatz zwischen Erfindung und Entdeckung existiert nicht, alles Erfinden läuft auf ein Entdecken hinaus und fußt auf einer Entdeckung. — Das Wort Entdecken ist der weitere Begriff, Erfindung der engere. Diejenige Entdeckung, die auf Grund technischer Einwirkung gemacht wird, daß nämlich durch diese ein Erfolg erzeugt wird, ist eine Erfindung; die Erfindung unterscheidet sich als species von ihrem genus durch die Momente Einwirkung und Erfolg."

Gegen ihn wendet sich die herrschende Lehre. Wirth (GewRschutz VI S. 318) meint vermittelnd, es komme nur darauf an, ob man die Tätigkeit nach der Richtung des naturwissenschaftlichen Wissens oder Könnens betrachtet. Je nach der Auffassung spreche man von Entdeckung oder Erfindung. Auch Dubois-Reymond erkennt den schroffen Gegensatz nicht an; denn alle Kräfte, die ausgearbeitet werden, seien ja in der Natur schon vorhanden.[1])

M. E. haben wir uns nicht nach dem Unterschied, sondern nach den Beziehungen zwischen Erfindung und Entdeckung zu fragen. Seinem Ursprung nach ist allerdings das Erfinden produktive, schöpferische Tätigkeit, während bei

[1]) Auf dem gleichen Standpunkte: Engelmeyer in GewRschutz XIV S. 373; gegen Dubois-Reymond wendet sich speziell Osterrieth S. 61.

der Entdeckung, die das bereits Vorhandene, aber nicht Bekannte enthüllt, sinnliche Wahrnehmung genügt. Eine Erfindung enthält aber meistens beide Bestandteile, die Entdeckung des naturwissenschaftlichen Satzes der Möglichkeit des Erfolges und die menschliche, schöpferische Tätigkeit, welche den Erfolg herbeiführt. Wenn die Entdeckung die Quelle des Wissens ist, die Erfindung die des Könnens, so ist zu bedenken — und ein Blick auf das Gebiet der Chemie zeigt das aufs klarste —, daß Wissen und Können, Entdeckung und Erfindung eng verbunden sind. Allerdings ist nach unserem PatG. nur die Erfindung, nicht die Entdeckung Gegenstand des Patentschutzes,[1]) aber eine Entdeckung ist gewöhnlich das Fundament für den Bau der Erfindung. Die zufällige Erfindung besteht eben unbewußt, die planmäßige bewußt aus zwei Teilen, der Entdeckung und der Konstruktion. Oft liegt das Hauptverdienst des Erfinders gerade in der Entdeckung und es wäre ja absurd, wollte man die planmäßigen Erfindungen vom Patentschutze ausschließen (vgl. Kohler: Hdb. S. 92).

Wenn natürlich die wissenschaftliche Erkenntnis schon verbreitet war und die Ausführung eine einfache Konstruktion ist, dann ist kein Raum mehr für schöpferische Tätigkeit. Denn wenn auch die Entdeckung in der Erfinderwerkstatt eine große Rolle spielt, ohne menschliches Schaffen wird das Ausgeklügelte keine Erfindung. Mit Recht sagt Isay (S. 39):

[1]) In anderen PatG. werden als Gegenstand des Patentrechts Erfindungen und Entdeckungen genannt (z. B. im französischen, „toute nouvelle découverte ou invention" oder im amerikanischen „invented or discovered" und besonders in den älteren Gesetzen z. B. § 91 der bayerischen Gewerbeinstruktion vom 21. April 1862 (Regierungsblatt S. 807), aber auch hier sind die beiden Worte nach der allgemeinen Auslegung synonym gebraucht. Vgl. Schanze ErfuMust. S. 227; Kohler Hdb. S. 89.

„Mag innerhalb der Lösung die menschliche Tätigkeit eine noch so untergeordnete Rolle spielen, mag sie nur den Stoß zum Walten der Naturkräfte geben, ganz fehlen darf sie nicht".

Die menschliche schöpferische Arbeit als das der Erfindung eigentümliche Charakteristikum fehlt in dem Falle, daß man an einem bereits vorhandenen Gegenstande einen bereits wirksamen, aber bisher unbekannten Effekt wahrnimmt, mag auch erst durch diese Wahrnehmung der Gegenstand, dessen Ausnützung bisher unbewußt und ohne Kenntnis des Zusammenhangs erfolgte, rationell verwertbares Gemeingut werden. Gewiß ist diese Wahrnehmung verdienstvoll, aber es fehlt die schöpferische Tätigkeit und damit die Erfindungsqualität.

Von diesem Gesichtspunkte aus ist die Streitfrage zu prüfen, die über die Patentfähigkeit von Davys Sicherheitslampe entbrannt ist. Zwar wurde sie niemals zum Patent angemeldet, aber trotzdem wurde allenthalben darüber debattiert, ob sie patentierbar wäre. Es handelt sich dabei um eine Lampe mit der besonderen Anordnung eines Drahtnetzes. Solche Lampen wurden schon lange vorher zu verschiedenen Zwecken gebraucht. Davy fand nun, daß dieses Drahtnetz bei Verwendung in Bergwerken ein Schutzmittel gegen Explosionsgefahr sei. Kohler argumentiert nun folgendermaßen: War die Lampe bereits früher in Bergwerken mit dem Erfolg verwendet worden, daß Explosionen durch ihre Vorrichtung verhütet würden, wobei man sich aber des wissenschaftlichen Zusammenhangs dieses Erfolges nicht bewußt war, dann kann die Aufdeckung der wissenschaftlichen Erklärung nicht als Erfindung gelten. Wurde aber die Lampe vorher überhaupt nicht in Bergwerken verwendet, so ist die Davysche Lampe eine Erfindung; denn die Auffindung der neuen Verwendbarkeit ist auch ohne Konstruktionsänderung

ein eigenartiger Erfolg, der mehr als die Entdeckung einer neuen Eigenschaft im Rahmen des bisherigen Verwendungskreises, einen produktiven Kern birgt, nämlich die Realisierung der Lampe in neuen gefahrdrohenden Verhältnissen.[1])

Anders ist es natürlich, wenn jemand findet, daß ein eiserner Träger, der aus Schönheitsrücksichten in einer bestimmten Form schon lange hergestellt wurde, zugleich den Vorteil der größeren Tragfähigkeit hat; sicher ist damit dieser längst benutzte Träger doch nicht erfunden worden, sondern es wurde nur eine neue Eigenschaft an ihm entdeckt. Hier fehlt es eben an der produktiven schöpferischen Tätigkeit, die zur Charakterisierung als Erfindung gefordert werden muß.

§ 6. III. Welcher Art muß die Geistestätigkeit sein?

Es wurde bisher entwickelt, daß der Begriff Erfindung schöpferische Tätigkeit voraussetzt; damit ist aber nicht gesagt, daß nur das erfunden ist, was als sehnsüchtig erstrebtes Ziel bewußter menschlicher Arbeit hervorgeht. „Für den Begriff Erfindung ist der Umstand unwesentlich, ob der Erfinder auf ein bestimmtes Resultat zielend oder zufällig ein Werk hervorbringt, welchem ein gewisser technischer Effekt eigen ist".[2])

---

[1]) Kohler PatR. S. 47, zustimmend Allfeld S. 11; Böhmer S. 125. Die gleichen Gesichtspunkte werden vom RG. in einer neueren Entscheidung hervorgehoben (Leipziger Zeitschrift 1907 S. 218); ebenso bei Gareis XV S. 1 ff. A. M. Klostermann S. 28, 55; Isay S. 42.

[2]) Engelmeyer in Zivilingenieur Bd. 41 S. 289; ebenso erklärt es das RG. (bei Gareis VI. S. 21) für gleichgültig, ob dem Urheber die Erfindung schwer gefallen ist oder nicht. Dsgl. JW. 1898 S. 79 f. Den gleichen Standpunkt vertritt die herrschende Meinung in Theorie und Praxis: Schanze: ErfuMust. S. 195; Landgraf S. 1 f.; Kohler: Forsch. S. 39; Robolski S. 19; Kent S. 52; Stenglein 4. Aufl., S. 118 u. a.

A. M. Pieper: Der Schutz der Erfindungen im deutschen Reiche S. 21; Die Patentfrage, Sechs Preisschriften S. 64.

Gegen diesen Standpunkt der herrschenden Meinung halten manche den Ausdruck „zufällige Erfindung“ für eine contradictio in adjecto und meinen, daß bei dem Wesen der Erfindung von einer Zufälligkeit nichts erwartet werden könne.

Diese Ansicht läßt sich, zum mindesten in der schroffen Fassung, nicht halten. Es kommen vielmehr Zufallserfindungen vor, Neuschöpfungen, denen das Prädikat Erfindung noch niemals abgesprochen wurde und die Geschichte der Technik lehrt, daß nicht die unbedeutendsten Erfindungen durch Zufall entstanden sind. Das populärste Beispiel ist die Erfindung des Schießpulvers. Wenn der Erfinder, mag es nun Berthold Schwarz gewesen sein oder nicht, zwischen anderen chemischen Experimenten durch eine Explosion darauf gekommen ist, daß durch eine Mischung von Kohle, Salpeter und Schwefel dieser Explosionsstoff entsteht, so hat er zweifellos eine zufällige Erfindung gemacht. Aber — und das wird die Brücke zwischen den beiden Ansichten sein — nicht in dem Moment hat er das Schießpulver erfunden, als ihm zufällig der Schuß losging, sondern erst dann, als er die Ursachen erkannte und den Erfolg nunmehr gewollt herbeiführte. Ebenso hat der Chemiker eine Mischung nicht dann erfunden, wenn sie in seinem Laboratorium entstanden ist, sondern erst dann, wenn die zufällige Beobachtung zur bewußten Erkenntnis wird. So meint es auch Rosenthal, wenn er sagt (S. 44): „Hiernach kann dem PatG. gegenüber von einer zufälligen Erfindung keine Rede sein. Der Erfinder mag ganz zufällig zu derselben gelangt sein, die Patentfähigkeit setzt voraus, daß die zufällige Beobachtung zur bewußten Idee wird.“ Mag also vielleicht durch diese Fassung ein Mißverständnis möglich sein, im Resultat wird man feststellen können: Der Begriff Erfindung beschränkt

sich nicht auf die planmäßigen, umfaßt vielmehr auch die zufälligen Erfindungen; Voraussetzung aber ist, daß der Geist den Zusammenhang zwischen Bedingung und Erfolg erkennt oder genauer, daß diese Erkenntnis soweit fortgeschritten ist, daß dargelegt werden kann, wie der Erfolg herbeigeführt wird.

Im folgenden werde ich diese Erkenntnis näher untersuchen; denn sie umfaßt das Erfordernis, daß die schöpferische Tätigkeit tatsächlich zum Erfolge geführt hat — wir wollen das mit Schanze „Ausführbarkeit" nennen —, ferner muß der Erfolg dem Erfinder bewußt geworden sein und schließlich muß der Erfinder den Weg zeigen können, der zu dem Erfolge führt — Wiederholbarkeit der Erfindung.

§ 7. 1. Ausführbarkeit.

Der Entwurf des deutschen PatG. enthielt in § 2 die Bestimmung: „Eine Erfindung liegt nicht vor, wenn der Eintritt des beabsichtigten Erfolges nach den Gesetzen der Natur als unmöglich anzusehen ist". Diese Bestimmung wurde von der Reichstagskommission mit Recht als selbstverständlich gestrichen. Damit wurde aber nicht der darin enthaltene Grundsatz abgelehnt, im Gegenteil, es wurde betont, daß Ausführbarkeit schon ein Begriffselement der Erfindung ist.

Das wird allgemein anerkannt und es hieße gegen selbsterrichtete Phantome kämpfen, wollte man die große Schar der Autoren, der Entscheidungen zu Hilfe rufen, welche übereinstimmend in dem Satze auslauten: Eine Erfindung liegt nur dann vor, wenn die darin enthaltene Idee ausführbar ist, und das ist sie dann, wenn der Erfolg ohne weitere Erfindungstätigkeit mit den angegebenen Mitteln tatsächlich erreicht werden kann. Natürlich schadet es nicht,

wenn der jungen Erfindung noch Unvollkommenheiten anhaften; gerade die bedeutendsten Erfindungen machen ja gewöhnlich in der Wiege einen wenig strahlenden und aussichtsvollen Eindruck. Aber ausführbar muß ein Gedanke sein, wenn er eine Erfindung darstellen soll. So wurden wegen mangelnder Ausführbarkeit die immer wieder auftauchenden Versuche zur Erfindung eines perpetuum mobile abgewiesen.

Aber auch abgesehen von diesen Elaboraten des Wahnwitzes und überhaupt von den praktisch seltenen Fällen, in denen Naturgesetze der Ausführung der Erfindung im Wege stehen, schließt die Forderung der Ausführbarkeit alles Unfertige und Problematische, speziell Lehrsätze und Methoden, Prinzipien und allgemeine Ideen vom Patentschutze aus. Allerdings liegt oft die Hauptschwierigkeit der Erfindung in der Stellung des Problems, aber ein Problem ohne Lösung ist noch keine Erfindung; erst wenn die Ausgestaltung der Lösung des Problems das Werk krönt, liegt eine Erfindung vor.

Mitunter aber ist die Lösung so einfach, für jeden Sachverständigen so selbstverständlich, daß sie aus dem gefundenen Prinzip, d. i. dem Gedanken, der bei planmäßigen Erfindungen zur Lösung führt, eventuell sogar schon aus der Stellung der Aufgabe ohne Schwierigkeit zu entnehmen ist. Ich erinnere an eine Entscheidung des RG. (PMZBl. II S. 5 f.), wo ein Patent aufrechterhalten wurde für eine „Fußbank für Nähmaschinen, welche zwischen den Seitenwänden des Gestelles des Trittbrettes in der Weise angeordnet ist, das sie nach Belieben in Gebrauchsstellung gebracht oder behufs Verwendung des Trittbretts aus derselben entfernt werden kann und in diesen beiden Lagen durch an ihr vorgesehene Nasen, die sich an die Gestellwände anlegen, gesichert wird".

Das ist zwar nur die Angabe eines Prinzips, aber die spezielle Ausgestaltung ist für jeden Sachverständigen so selbstverständlich, daß der Ausführung keine Hindernisse im Wege stehen. Aber auch in diesem Falle stellt nicht das Problem, nicht das allgemeine Prinzip, sondern die darin enthaltene Lösung die Erfindung dar.

Das österreichische PatG. hat (§ 2 Ziff. 2) ausdrücklich wissenschaftliche Lehr- oder Grundsätze als solche vom Patentschutze ausgeschlossen und damit das gleiche, was in dem Worte Erfindung bereits enthalten ist, gesetzlich festgelegt, nämlich den Grundsatz, daß alles Theoretische, praktisch Unfertige nicht patentiert werden soll.

Einige ausländische PatG. schützen wenigstens provisorisch auch die unfertige Erfindung. So finden wir in Amerika das caveat: die noch unreife Erfindung wird angemeldet und dadurch wird die Priorität gesichert, wenn innerhalb einer bestimmten Zeit ein definitives Patentgesuch von dem Anmelder eingereicht wird. Dem gleichen Zweck dient es, wenn im englischen Recht nach einer vorläufigen Spezifikation für die Einreichung des vollständigen Patentgesuches eine Frist von 9 Monaten besteht. Einige[1]) wünschen auch bei uns die Einführung einer derartigen Vormerkung; de lege lata aber steht fest, daß Probleme usw. bei uns nicht geschützt sind.

Es ist aber zu beachten: Ausführbarkeit wird gefordert, nicht Ausführung. Aus § 20 PatG. folgt zweifellos, daß die Ausführung keineswegs materielle Voraussetzung ist, sondern nur zum Beweise der Ausführbarkeit gefordert werden kann. Manche Praktiker sind versucht, stets den experimentellen

[1]) Gareis und Laubenheimer in Busch's Archiv Bd. 46 S. 77 ff.; vgl. zu den ausländischen Gesetzen Stephan-Schmid S. 225 und S. 141 f. und Kohler-Minz S. 25 ff.

Nachweis zu fordern, daß die Erfindung ausführbar ist und zu dem behaupteten Endergebnis führt.[1]) Demgegenüber sind die meisten Schriftsteller der Ansicht, daß eine einfache Erfindung auch ohne reale Erprobung, lediglich durch Niederschrift auf dem Papier geäußert werden könne. Kohler führt aus (Hdb. S. 205) „Die Erfindung kann nach realer Durchführung erfolgen, sie kann auch ohne solche erfolgen, vorausgesetzt, daß der Erfinder so sehr Herr der Situation ist, daß er auch ohne materielle Erprobung des Erfolges sicher sein kann; dies wird bei physikalischen Erfindungen häufiger sein als bei chemischen". Und tatsächlich wird man mitunter, speziell z. B. bei Erfindungen auf dem Gebiete der Optik, wo der Weg des Lichtstrahls sich mit geometrischer Notwendigkeit nach konstanten Gesetzen ergibt, auf das Experiment verzichten können. Auch von Ampère wird erzählt, er habe seine Gesetze über die Anziehung und Abstoßung elektrischer Ströme am Schreibtisch gefunden und habe, als er von einem Assistenten, der das praktische Experiment machte, gerufen wurde, geantwortet, es interessiere ihn nicht, denn er habe gar nicht an der Richtigkeit seiner Resultate gezweifelt.

Das sind allerdings nur Ausnahmen; denn in der Realität des Lebens bleibt das Experiment ein unentbehrliches Hilfsmittel des Erfinders. Aber das Gesetz verlangt, abgesehen von der Beweisfrage, die nach § 20 PatG. zu beurteilen ist, nur Ausführ*barkeit*, welche jedenfalls theoretisch, in Ausnahmefällen aber auch praktisch, nicht die Notwendigkeit des Experiments enthält.

---

[1]) *Du Bois-Reymond*: Erfindung und Erfinder S. 110 ff.; *Hartig* S. 132. *A. M. Schanze*: ErfuMust. S. 47; *Kohler*: Hdb. S. 205, Forsch. S. 11 ff.; *Kent* S. 110 und die herrschende Meinung.

§ 8. 2. Bewußtsein des Erfolges.

Wir haben oben schon von der Erkenntnis der Erfindung gesprochen; daraus folgt von selbst, daß der Erfinder das Bewußtsein des Erfolges haben muß. Denn gerade in dem Erkennen des Zusammenhangs zwischen Ursache und Erfolg besteht das geistige Moment der Erfindung. Daß das Bewußtsein des Erfolges vom Erfinder zu fordern ist, wird von keiner Seite bestritten; es ist aber zu untersuchen, welcher Art dieses Bewußtsein sein muß.

Die wissenschaftliche Erklärung eines Vorgangs ist einerseits nicht erforderlich, andererseits nicht genügend; denn nur um die empirische Kenntnis handelt es sich. Der Erfinder braucht also nicht die das Resultat bedingenden Naturgesetze zu beherrschen, sondern muß nur die technischen Bedingungen und ihre Wirkung, also den technischen Zusammenhang zwischen den angewandten Mitteln und dem Erfolge kennen (vgl. PMZBl. VI S. 370).

Dieser Zusammenhang aber muß erkannt, nicht nur vermutet werden. So wird allgemein zugestimmt, wenn Kohler (Forsch. S. 11) sagt: „Die Erfindung setzt einen Akt des Erkennens voraus; es genügt daher nicht die Voraussetzung, die Hypothese: wer vermeint, daß sich etwa auf bestimmtem Wege ein Resultat erzielen lasse, der gibt damit ein Erzeugnis seiner Phantasie, nicht ein Erzeugnis der Wirklichkeit".

Diese Forderung, daß der Erfolg erkannt, nicht nur vermutet sein muß, steht aber nicht damit in Widerspruch, daß ein Experiment nicht erforderlich ist; es ist gleichgiltig, auf welche Weise der Erfinder die Ueberzeugung erlangt hat, daß der Erfolg auf die von ihm angegebene Weise erreicht wird, aber die Ueberzeugung ist erforderlich. Diese Ueber-

zeugung ist natürlich nicht vorhanden, wenn tatsächlich dem Erfolge noch Hindernisse im Wege stehen; sie ist aber auch dann nicht vorhanden, wenn der Erfinder noch unüberwundene Hindernisse vor sich sieht, auch wenn diese nur vermeintliche, in Wirklichkeit gar nicht vorhandene sind.[1])

Der Erfinder muß also den Zusammenhang zwischen den angewandten Mitteln und dem Erfolg erkennen; es muß ihm vor allem bewußt werden, welchen Erfolg er erreicht hat, welche Brauchbarkeit die Erfindung aufweist. Er muß, um mit Kohler (Forsch. S. 14) zu reden, „erkennen, daß es sich nicht um ein bloßes Schauspiel der Natur handelt, sondern um ein für die menschlichen Interessen brauchbares agens".

Wie ist es aber, wenn dem Erfinder zwar eine Brauchbarkeit bewußt war, wenn aber nachträglich noch eine andere, vielleicht gerade die wesentliche Brauchbarkeit an der Erfindung erkannt wird? Das RG. hat die Frage wiederholt dahin beantwortet, daß eine erst nachträglich, d. h. nach der Patentanmeldung bezw. Erteilung zutage tretende Eigenschaft patentrechtlich ohne Bedeutung ist. Denn die Erfindung sei eine bewußte geistige Tätigkeit und deshalb müsse, „wenn der Erfinder bei der Anmeldung das Wesen seiner konkreten angeblichen Erfindung präzisiert habe, die Angabe bei der Beurteilung, ob eine Erfindung vorliege, als ihm präjudizierend angenommen werden".[2])

Während das RG. allgemein dieses Prinzip aufstellt, unterscheidet die Theorie gewöhnlich zwei Fragen:

1. wie weit reicht die Erfindung, d. h. was soll patentiert werden? und

---

[1]) Vgl. Allfeld S. 15; Kohler: Hdb. S. 205; Kent S. 135.

[2]) RG. bei Gareis II, S. 151; X, S. 5; PBl. 1881 S. 15; PMZBl. III, 69; RG. Civ. XX, 40 u. a. Ebenso Stenglein S. 116; Schmid S. 123.

2. wie weit reicht die Wirkung des erteilten Patents, d. h. was ist geschützt?

Robolski (S. 23) beantwortet diese beiden Fragen einheitlich dahin, daß für die Tragweite der Erfindung wie auch des Patentschutzes alle, auch die nachträglich erkannten Brauchbarkeiten in Betracht kommen. Robolski geht davon aus, daß in der Auffindung neuer Nützlichkeiten an einem bereits bekannten Gegenstand oder Verfahren keine Erfindung, sondern eine Entdeckung liege. Dem stimme ich bei; aber er argumentiert weiter: „Liegt in der Auffindung neuer Eigenschaften keine Erfindung, so bedeutet das zugleich, daß alle Eigenschaften des Gegenstandes der Erfindung dem Erfinder gehören, — — — — und daß zur Feststellung des Wesens der Erfindung alle Eigenschaften derselben in Betracht zu ziehen sind, ohne Rücksicht darauf, ob sie dem Erfinder, als er die Erfindung machte oder das Patent anmeldete, bekannt waren oder nicht".

Die Schlußfolgerung Robolski's ist nicht logisch: denn wenn die Auffindung der neuen Eigenschaften auch keine neue Erfindung ist, so muß sie doch nicht zu der ersten Erfindung gehören. Und das Resultat ist auch nicht befriedigend. Denn da der Erfinder erkennen muß, welche Brauchbarkeit die Erfindung aufweist, fehlt es an diesem Bewußtsein des Erfolges und damit an der Erfindungsqualität, wenn der Erfinder fälschlich etwas für eine Brauchbarkeit gehalten hat. Und etwas, was keine Erfindung ist, kann nicht dadurch zur Erfindung werden, daß die Patentprüfungsbehörde eine andere, nicht erkannte Brauchbarkeit entdeckt.

Die herrschende Meinung beantwortet auch die beiden Fragen verschieden und stimmt Schanze zu, der seinen Standpunkt schon im Titel seiner diesbezüglichen Untersuchung

formuliert: „Nur der Patentschutz, nicht die Erfindung geht über die vom Erfinder erkannte Brauchbarkeit hinaus".[1]) In der juristischen Konstruktion, welche zu diesem Resultat führt, gehen allerdings die Ausführungen der einzelnen Schriftsteller verschiedene Wege, indem Kohler (Hdb. S. 222 f.) sich darauf stützt, daß das Moment der Brauchbarkeit nur eine Voraussetzung der Erfindungseigenschaft „nicht aber ein bestimmendes Element für die Ausdehnung des Patentschutzes" ist, während Schanze (Unters. S. 302) zu dem gleichen Resultat kommt, indem er aus praktischen Erwägungen die Wirkung des Patentschutzes weiter faßt.

Im Resultat aber ist die herrschende Meinung einig und hält die Ansicht des RG., daß eine erst nachträglich zutage getretene Eigenschaft nicht in Betracht komme, nur bezüglich der ersten Frage: ist der angemeldete Gegenstand eine Erfindung? für richtig. Anders ist es aber mit der Frage: wie weit reicht der Schutz des erteilten Patentes?

Hat der Erfinder nur eine vorhandene Brauchbarkeit erkannt und auf dieser Grundlage Patentschutz erlangt, so ist er auch für andere nicht erkannte Brauchbarkeiten geschützt, welche die Erfindung in der Folge darbietet, ebenso wie derjenige, der das Eigentum an einem schlechten, wertlosen Bilde erlangt hat, dieses Eigentum behält, auch wenn nach Entfernung einer Uebermalung ein wertvolles Gemälde zum Vorschein kommt.

Dieses Resultat ergibt sich aus folgender Erwägung: Wer an einem bekannten Gegenstande eine neue Nützlichkeit findet, hat, wie oben ausgeführt, niemals eine Erfindung, sondern nur eine Entdeckung gemacht. Kann also diese

[1]) Schanze: Unters. S. 289 ff., Beitr. S. 181; ebenso Allfeld S. 16; Ephraim in GewRschutz VII, S. 270; Isay S. 54 f. und mit anderer Begründung Kohler: Forsch. S. 14 ff.; Hdb. S. 220.

Entdeckung nicht patentiert werden, so bleiben nur zwei Möglichkeiten: entweder erstreckt sich der Patentschutz auch auf diese neu entdeckte Nützlichkeit oder sie ist jedem freigegeben.

Diese letztere Konstruktion ist aber juristisch wie wirtschaftlich unmöglich. Denn es ist unhaltbar, daß die Fabrikation und Verwendung zu dem einen geschützten Zweck nur dem Patentberechtigten zusteht, während sie jedem offen ist, wenn sie zu einem anderen Zwecke erfolgt; und wenn dies selbst durchführbar wäre, die Konstruktion wäre möglichst unrationell und würde entgegen dem Zwecke des PatG. nur zum Schaden des Nationalreichtums sein; sie wäre, meint Kohler (Forsch. S. 19) drastisch, „ebenso unhaltbar, wie wenn die Eigentumsgesetzgebung mir das Eigentum an einem Sonnenschirm garantierte, den ich aber nur gegen die Sonne, nicht auch gegen den Regen aufspannen dürfte, oder wenn ich Eigentümer eines ganzen Lagers Sammt wäre, welcher nur für Herren-, nicht auch für Damenkleidung verwendet werden dürfte."

Es bleibt also nur die Möglichkeit, die auch mit der logischen Scheidung der verwandten Begriffe übereinstimmt: Das erteilte Patent bleibt bestehen und erstreckt sich weiter auf alle erdenklichen Arten der Verwendung; für die Beurteilung aber, ob der angemeldete Gegenstand eine Erfindung ist, kommt nur die vom Erfinder erkannte Brauchbarkeit in Betracht.

§ 9. 3. Wiederholbarkeit.

Wir haben im vorstehenden gesehen, daß jede Erfindung Kenntnis des Zusammenhangs zwischen den angewandten Mitteln und dem erreichten Erfolge voraussetzt; wir haben weiter gesehen, welcher Art diese Kenntnis sein muß. Damit ist aber das Erfordernis der geistigen Tätigkeit nicht erschöpft;

vielmehr muß die erlangte Kenntnis den Anmelder befähigen, darzulegen, wie dieser Erfolg auch von anderen erreicht werden kann. In diesem Sinne nennt Schanze die Erfindung eine „Regel des Handelns", sprechen wir von dem Erfordernis der Wiederholbarkeit.

Staub (S. 15) führt zwar aus: „Ueberflüssig ist es, wenn Gareis von einem der Wiederholung an sich unterziehbaren Erfolge spricht, nachdem er das Requisit des Erkennens der Ursache aufgestellt hat. Denn objektiv der Wiederholung fähig ist jeder naturgeschichtliche Erfolg. Was einmal möglich war, ist immer wieder möglich. Wunder gibt es nicht." Er bestreitet aber nicht, daß das Moment der Wiederholbarkeit im Erfindungsbegriff enthalten ist, er hält nur im Interesse einer knappen Definition die spezielle Erwähnung für überflüssig. Sicher hat Staub recht; wenn ich von Kenntnis des Zusammenhangs spreche, ist das Requisit der Wiederholbarkeit bereits darin enthalten. Da es mir aber nicht um eine Definition, sondern um eine Untersuchung und Erläuterung der Patentvoraussetzung zu tun ist, will ich das Begriffselement der Wiederholbarkeit kurz beleuchten.

Der Zweck des Patentschutzes ist in erster Linie ein sozialer. Man will durch die Aussicht auf reiche Ausbeutungsmöglichkeit infolge der Monopolisierung eines neuen Gedankens den Erfindungsgeist anspornen und so die Industrie befruchten. Indem man aber dem Erfinder eine Monopolstellung einräumt, verlangt man im Interesse der Kultur und speziell des Nationalvermögens eine Ausnützung des Erfindungsgedankens (vgl. § 11 Ziff. 2 PatG.). Eine Erfindung liegt aber nur dann vor, wenn ein Gedanke der Ausnützung fähig ist, und das ist er nur durch das Requisit der Wiederholbarkeit.

Richtig betont Quenstadt (in PBl. 1880 S. 62), daß es sich bei der Erfindung um „eine Vermehrung der Produktionskraft, der Produktionsfähigkeit der Menschheit, nicht um eine Vermehrung ihres Besitzes an Produkten" handelt. Man darf eben die Erfindung nicht mit dem körperlichen Substrat verwechseln, dessen Herstellung sie bezweckt; die Erfindung ist vielmehr immateriell, sie liegt hinter den sie verkörpernden Formen. Wenn man Erfindung und das durch sie hergestellte körperliche Substrat auseinanderhält, ergibt sich das Erfordernis der Wiederholbarkeit von selbst.

Die Erfindung muß also so dargelegt werden können, daß andere Sachverständige in der Lage sind, sie zu benutzen; erst dann ist sie vollendet.

„Die Darlegung der Ausführbarkeit des Problems muß mindestens soweit gehen, daß es nur mehr der Konstruktion, nicht aber etwa noch einer weiteren Erfindung bedarf, um die ersonnene Neuerung zu benutzen" (Allfeld S. 17). Die Konstruktion selbst aber gehört nicht mehr zur Erfindung.[1]) Dem stimmt auch Kohler, wenigstens im Prinzip, zu; auch nach ihm ist die Darstellung der Konstruktion nicht mehr Teil der Erfindung (Hdb. S. 150), wohl aber hält er die Konstruktion für eine Voraussetzung der Patentierung. Nun ist zwar zuzugeben, daß es dem Geiste des PatG. entspricht, alles Unreale auszuschließen, aber da das Gesetz nirgends die Darstellung einer Konstruktion verlangt, dürfte es genügen, wenn die Erfindung vollendet, d. i. von Sachverständigen ohne weitere Erfindung benutzbar ist. Natürlich kann eine Patentanmeldung, welche das Wesen der Erfindung nicht klar erkennen läßt, nach § 20 PatG. abgewiesen werden; soweit das aber nicht zutrifft, ist die Darlegung der Kon-

[1]) So Allfeld S. 18; zustimmend Kent S. 241; Schanze: Unterf. S. 410; Böhmer S. 108.

struktion auch nicht eine formelle Voraussetzung der Patentierbarkeit. Stellen sich nachträglich nicht erkannte Schwierigkeiten ein, so wird die Nichtigkeitsklage nach § 10 Ziff. 1 PatG. zur Vernichtung des auf die unfertige Erfindung erteilten Patentes führen und damit die Absicht des Gesetzgebers, alles Unfertige vom Patentschutze auszuschließen, erreicht werden.

Auf diese Weise greifen die drei Momente Ausführbarkeit, Bewußtsein des Erfolges und Wiederholbarkeit ineinander als Glieder einer Kette, die das Reich der Erfindungen unter Ausschluß aller Utopieen auf das Reale beschränkt, die aber weiter der Erfindung den Charakter eines bewußten und der Wiederholung fähigen Erfolges gibt.

§ 10. C. Das technische Element in der Erfindung.

Wir haben bisher die subjektive Seite der Erfindung betrachtet, nämlich das Erfordernis der schöpferischen Tätigkeit mit seinen Einzelmomenten und wollen jetzt die objektive Seite ins Auge fassen und uns zuerst mit der Frage beschäftigen: Hat der Erfindungsbegriff eine Beziehung zu den Naturkräften? Die Frage ist in der Theorie wie in der Praxis heiß umstritten.

Allfeld sagt, m. E. zutreffend (S. 14): „Zum Begriff der Erfindung im Sinne des Patentrechts gehört, wie die ganze Tendenz des Gesetzes und der Zusammenhang seiner einzelnen Bestimmungen ersehen läßt, daß die Befriedigung menschlicher Bedürfnisse mit Hilfe oder unter Benutzung von Naturkräften erfolgt, also das Mittel der Befriedigung im Bereiche der Technik liegt.“ [1])

[1]) Gleicher Ansicht Kohler: Hdb. S. 106 ff.; PatR. S. 55 f.; Seligsohn S. 32; Isay S. 34 ff.; Staub S. 6; Kent S. 102;

Demgegenüber hält es Schanze (Beitr. S. 192, 207) vor allem für falsch, einen besonderen Erfindungsbegriff des Patentrechts aufzustellen. Dem möchte ich folgendes entgegenhalten: Der Sprachgebrauch ist in bezug auf das Wort Erfindung nicht sehr präzis. Ich habe schon oben (§ 2) dargetan, wie der Sprachgebrauch es nicht genau nimmt mit dem Begriffselement der objektiven Neuheit. Ebenso verschwommen ist der Sprachgebrauch bei den anderen Begriffselementen, bei der Abgrenzung der Erfindung gegen die Entdeckung, gegen die Konstruktion. Infolgedessen wird man einerseits einen allgemeinen gleichheitlichen Sprachgebrauch bezüglich des Wortes Erfindung nicht feststellen können, andererseits würde er aber auch nicht zuverlässig genug sein, um mit ihm wissenschaftlich zu operieren. So faßt der Sprachgebrauch das Wort Erfindung auch im denkbar weitesten Sinne für jede geistige Schöpfung, gleichgiltig auf welchem Gebiete. Die Erfindung im Sinne des Patentrechts beschränkt sich dagegen auf diejenigen Schöpfungen, bei welchen die Bedürfnisbefriedigung durch Benützung der Naturkräfte erfolgt, m. a. W. sie beschränkt sich auf technisches Gebiet.

Auch Schanze kann nicht mit dem Erfindungsbegriff operieren, den ihm der Sprachgebrauch bietet. So muß auch er sich vom Sprachgebrauch trennen und die künstlerischen Erfindungen ausscheiden. „Spricht man von Erfindung auf dem Gebiete des Patentrechts und stellt man sie ins Verhältnis zur Entdeckung, so hat man nicht jedwede Erfindung, nicht jedwede Entdeckung im Sinne. Man denkt vielmehr bei Erfindung an eine Regel menschlichen Handelns,

Kaiser S. 59; Stenglein 4. Aufl. S. 119; Schmid S. 123. A. M. vor allem Schanze: ErfuMust. S. 248 ff.; Damme S. 135; Klostermann S. 112.

insbesondere an die Einwirkung menschlicher Arbeit auf die Stoffe und Kräfte der äußeren Natur, dagegen nicht an Erfindungen der Kunst, nicht an Erfindungen metaphysischer Systeme.“ [1]) Da scheint Schanze von der Ansicht, daß die Erfindung im Sinne des PatG. nur die Naturkrafterfindung ist, nicht allzuweit entfernt zu sein. Natürlich hält auch Schanze nur die technischen Erfindungen für patentfähig, aber nicht wegen mangelnder Erfindungsqualität, sondern weil es an der gewerblichen Verwertbarkeit fehle.

Die praktische Differenz zwischen der von Schanze und der hier vertretenen Ansicht ist allerdings sehr unbedeutend, und darauf mag es zurückzuführen sein, daß die Judikatur sich nicht eingehend und gleichheitlich mit der Frage beschäftigt, da nach beiden Ansichten die nicht technischen Erfindungen, wenn auch aus verschiedenen Gründen, nicht patentierbar sind. Bedeutung erlangt diese Meinungsverschiedenheit nur bei der Abgrenzung der Gebiete des Patent- und des Gebrauchsmusterschutzes, die uns später beschäftigen wird.

Es fehlt also nach meiner Ansicht die Erfindungsqualität in den Fällen, in welchen lediglich menschliche Tätigkeit, körperliche oder geistige, ohne Benützung von Naturkräften wirkt, z. B. bei einer Methode des Massierens, der Zimmergymnastik oder bei einer Rechnungsmethode und ebenso, wenn die Naturkräfte gegenüber der menschlichen Arbeit eine lediglich unterstützende Bedeutung haben, wie Striche, Raumeinteilung usw. bei einem Adreßbuch, einem Wortverzeichnis u. dgl.

So hielt das PA. (PMZBl. IV, 271) ein Etikettierungssystem nicht für eine Erfindung im Sinne des PatG. und führte zur Begründung der Abweisung aus: „Es handelt sich bei dem Gegenstande der Anmeldung nicht um ein tech-

[1]) Schanze: Unters. S. 394; vgl. auch Beitr. S. 207.

nisches Erzeugnis, sondern um eine durch die Mittel der Schrift bewirkte Anweisung für den menschlichen Geist, eine gewisse Prüfung vorzunehmen. Derartige Etikettenanordnungen fallen nicht in den Bereich des dem Gebiete des Technischen angehörenden Patentschutzes." Ebenso wurden mangels des technischen Charakters und damit der Erfindungseigenschaft abgewiesen: ein Signalisierverfahren (PMZBl. V 238), eine Methode zur Einteilung eines Adreßbuches (PMZBl. I 60) u. a.

Manche Entscheidungen aber stehen auf dem Standpunkte Schanze's; sie schließen derartige Methoden zwar gleichfalls vom Patentschutze aus, aber nach ihnen fehlt es nicht an der Erfindungsqualität, sondern an der gewerblichen Verwertbarkeit. So begründete z. B. das PA. die Abweisung eines Reklameverfahrens durch Bemalen von Tischplatten (PMZBl. IV 121 f.). Aber gerade in diesem Falle kann ich nicht ersehen, warum ein derartiges Verfahren nicht gewerblich verwertbar sein soll. Denn, wie wir später sehen werden, ist auch nach der engsten Auffassung eine Verarbeitung von Rohstoffen — und als solches ist nach § 950 BGB. das Bemalen anzusehen, ein Kriterium der gewerblichen Verwertbarkeit.

Ich kann daher der Begründung dieser Abweisung nicht zustimmen; vielmehr bin ich der Ansicht, daß alle diese Methoden mangels des erforderlichen technischen Charakters keine Erfindungen und deshalb nicht patentfähig sind: für sie gibt es überhaupt keinen Urheberrechtsschutz, soweit sie nicht, wie bei einem Adreßbuch, das literarische Urheberrecht schützt.

Wegen Mangels der Naturkraftwirkung sind weiter keine Erfindung die Raumformkombinationen, welche im Gegensatz zu den Kräftekombinationen stehen. Wenn dieser

sehr bestrittene Satz richtig ist, dann liegt hier die Grenze zwischen Gebrauchsmuster und Patent.

§ 11. Patent und Gebrauchsmuster.

Bei der Beratung des GebrMustG. im Reichstag des Jahres 1890/91 äußerte ein Abgeordneter: „Was man nicht patentieren kann, das sieht man als Gebrauchsmuster an", worauf der Staatssekretär von Boetticher erwiderte: Man wolle lieber sagen: „Wird die Erfindung nicht patentiert, dann dieses Gesetz zum Ziele führt".

Zweifellos läßt sich eine so bestrittene Frage nicht mit solchen Scherzsprüchen erledigen, aber soviel ist sicher und wurde auch bei der Patentenquete von 1886, also zu einer Zeit, wo das GebrMustG. noch nicht gegeben war, betont, daß zwischen dem Geschmacksmusterschutz und dem Patentschutz ein Gebiet gewerblichen Schaffens liege, dessen Erzeugnisse sich weder unter das eine noch das andere Gebiet unterordnen lassen (Bericht S. 32). Und diese Lücke füllt das GebrMustG. aus. Während daher Patent und Geschmacksmuster keine Berührungspunkte haben, bewegen sich die durch das PatG. geschützten Erfindungen und die Gebrauchsmuster insofern auf gleichem Gebiete, als es sich in beiden Fällen um ein Erzeugnis handelt, welches nicht ästhetischen, sondern materiellen Gebrauchswert hat.

Bei der Abgrenzung der beiden Gebiete aber gehen die Ansichten grundlegend auseinander, je nachdem, ob man die oben behandelte „Einwirkung auf Naturkräfte" als Merkmal des Erfindungsbegriffs erachtet oder nicht.

Da ich mich *für* diesen Begriff ausgesprochen habe, sehe ich den Unterschied zwischen Erfindung und Gebrauchsmuster darin, daß die Erfindung als Naturkräftekombination,

das Gebrauchsmuster als Raumformkombination wirkt oder wie das RG. sagt: „Das Gesetz vom 1. Juli 1891 (GebrMustG.) will gewerbliche Formverbesserungen bekannter Gegenstände schützen und ist für Erzeugnisse, die durch neue Form oder Konstruktion die gewerbliche Nutzbarkeit erhöhen. Das PatG. dagegen soll Erfindungen schützen, die mehr sind, als die im Raume verkörperte Darstellung eines dem Arbeits- oder Gebrauchszweck dienenden Erfindungsgedankens, vielmehr, ohne an eine bestimmte Darstellungsform gebunden zu sein, durch eine bisher unbekannte Kombination von Naturkräften einen wesentlichen Fortschritt der Technik schaffen.[1])

Da, wie oben erwähnt, Schanze (denn dieser ist der Hauptgegner) von einer Beschränkung des Erfindungsbegriffs auf die Benutzung von Naturkräften nichts wissen will, muß er eine andere Scheidung zwischen Erfindung und Gebrauchsmuster treffen. Nach ihm sind die Gebrauchsmuster kleinere Erfindungen, Erfindungen zweiter Ordnung, er zieht, gestützt auf die Gesetzesmaterialien, bei der Unterscheidung zwischen patentfähiger Erfindung und Gebrauchsmuster einerseits die Einfachheit oder Kompliziertheit, andererseits die größere oder geringere Bedeutung der Schöpfung in Betracht.

Aehnlich sagte Reuling auf der Patentenquete 1886 „Wir haben Erfindungen zweiter Ordnung, für die mit Rücksicht auf ihre eigenartige, geringwertige Natur nur ein anders gestalteter und geringerer Schutz zu gewähren ist, als der eigentliche Patentschutz“ und Alexander Katz schreibt: „Man ist in Deutschland gewohnt, von der Erfindung einen

[1]) RGCiv. 44 S. 74; PMZBl. V S. 309. Gleicher Ansicht Kohler: Hdb. S. 106 ff., PatR. S. 55 ff., Industrielle Abhandlungen S. 42 ff., in GewRschutz I S. 200 ff., in Zeitschr. f. gew. Rschutz III S. 113 ff., in Archiv f. bürg. Recht XVIII S. 342 ff.; Allfeld S. 371 ff.; Robolski S. 24 ff.; Seligsohn S. 413 ff.; Kent S. 42, 115 u. a.

erheblichen Fortschritt auf technischem Gebiete zu verlangen, während an die Größe des Fortschritts, welcher beim Gebrauchsmuster vorhanden sein muß, nicht so hohe Anforderungen gestellt werden".[1])

Es gilt nun zu diesem Streit der Ansichten Stellung zu nehmen. Die erstere Ansicht sieht die Abgrenzung zwischen patentfähiger Erfindung und Gebrauchsmuster in dem Inhalt der Schöpfung, indem sie dem Patentrecht die Kräftekombinationen, dem Gebrauchsmusterrecht dagegen die Raumformkombinationen zuerkennt; Schanze dagegen und seine Anhänger machen lediglich einen graduellen Unterschied, indem sie in der größeren Einfachheit und geringeren Bedeutung die unterscheidenden Merkmale sehen. Ich stehe auf dem Standpunkte der Kohlerschen Ansicht und möchte im folgenden einige Gründe anführen, welche mir für diese Ansicht zu sprechen scheinen.

Es ist zwar richtig, daß sowohl die Forderung eines Musterschutzgesetzes, speziell auf der Patentenquete 1886, als auch die Gewährung in der Begründung des GebrMustG. damit motiviert wurde, daß das neue Gesetz die kleinen Erfindungen umfassen solle, welche vom Patentschutz wegen Mangels der Erfindungsqualität im Sinne des Patentrechtes ausgeschlossen seien.

Aber einerseits darf den Gesetzesmaterien eine zu große Bedeutung nicht beigemessen werden, sie haben vielmehr, wie Kohler richtig betont, nur den Charakter wissenschaftlicher Arbeiten, die nach ihrem inneren Gehalt zu schätzen sind,

[1]) Alexander-Katz im Polytechnischen Zentralblatt 1898 S. 224; ebenso Schanze: in Zeitschrift des Vereins deutscher Ingenieure 1900 S. 1768, in Archiv f. bürg. Recht XVIII S. 291 ff.; Wirth in GewRschutz II S. 329; Stephan-Schmid S. 338; Hausding S. 212 ff. und die herrschende Meinung des RG. (vgl. bei Bolze: Bd. 18 Nr. 108).

andererseits stehen diese Aeußerungen zum GebrMustG. nicht in direktem Gegensatz zu der Kohler'schen Auffassung. Es heißt zwar in der oben angeführten Begründung des GebrMustG.: „namentlich in den Patentklassen, in welchen die im praktischen Leben wohl als kleine Erfindungen bezeichneten Erzeugnisse einen beträchtlichen Raum einnehmen — Bekleidungsindustrie, Hand- und Reisegeräte, hauswirtschaftliche Geräte ꝛc. — darf die Zahl derjenigen Anmeldungen, deren Zurückweisung erfolgen muß, weil eine Erfindung im Sinne des PatG. nicht vorliegt, auf einen nennenswerten Prozentsatz aller Anmeldungen veranschlagt werden"; [1]) aber dieser Passus kann nicht als schlagendes Argument gegen die Ansicht angeführt werden, die in den Kräftekombinationen patentrechtliche Erfindungen, in den Raumformkombinationen gebrauchsmusterfähige Schöpfungen sieht. Denn wenn die Ausdrucksweise auch ungenau ist, tatsächlich sind ja die Raumformkombinationen das, „was im praktischen Leben wohl als kleine Erfindungen bezeichnet" wird; aber die Eigenschaft der Einfachheit ist vom Standpunkt der von Kohler vertretenen Ansicht aus nicht ein Essentiale, sondern nur ein Naturale des Gebrauchsmusterbegriffes. Immerhin aber steht die Ansicht nicht in direktem Widerspruch mit der Begründung des GebrMustG., wenn darin von „sogenannten kleinen Erfindungen" die Rede ist, zumal da die angeführten Gebiete „Bekleidungsindustrie, Hand- und Reisegeräte, hauswirtschaftliche Geräte ꝛc." größtenteils Raumformkombinationen umfassen werden. Zwingt also einerseits die Begründung und der Zweck des GebrMustG. nicht unbedingt zur Schanze'schen Auffassung, so sprechen auf der anderen Seite schwerwiegende Gründe dagegen.

---

[1]) Drucksachen des Reichstags 1890/91 Nr. 153 S. 6.

Schanze nennt die Gebrauchsmuster Erfindungen zweiter Ordnung oder kleine Erfindungen und läßt für die Frage, ob „Patent- oder Musterschutz?“ die Kompliziertheit oder Einfachheit einerseits, größere oder geringere Bedeutung andererseits entscheiden.

Allein diese Momente sind zu unbestimmt und verschwommen, als daß sie die Grundlagen eines sicheren Kriteriums bilden könnten. Wie zutreffend dies ist, geht aus der Polemik zwischen Schanze und Hausding[1]) hervor, also zwei Schriftstellern, welche prinzipiell über die Unterscheidung zwischen Patent und Gebrauchsmuster gleicher Ansicht sind. Hausding unterscheidet: der gewöhnliche Fortschritt mache gebrauchsmusterfähig, der erhebliche Fortschritt patentfähig. Dagegen wendet sich Schanze mit der Begründung: „Der Gebrauchsmusterschutz verlangt ganz wie der Patentschutz einen Gegenstand, der sich über das Gewöhnliche erhebt, also um mit Hausding zu reden, einen erheblichen Fortschritt darbietet. Die Grenze für Patent- und Gebrauchsmusterschutz liegt zwischen dem mehr und dem minder erheblichen Fortschritte.“ Eine solche Polemik charakterisiert m. E. die Ansicht von selbst. Wenn innerhalb derselben Auffassung Streit darüber entstehen kann, ob bei der Grenzziehung der „erhebliche oder gewöhnliche Fortschritt“ maßgebend ist, wie Hausding meint, oder der „mehr oder minder erhebliche Fortschritt“, wie Schanze will, so ist nach meiner Ansicht eine derartige Auffassung nicht geeignet, als Kriterium zu dienen. Denn so diffizile Unterscheidungen wird die Praxis nicht auf die einzelnen Fälle des Lebens anpassen können.

Weiter ist auch gar nicht ersichtlich, wie man aus dem § 1 des GebrMustG. das Erfordernis der Erfindungseigenschaft

---

[1]) Hausding S. 210 ff.; Schanze: Beitr. S. 59.

herauslesen kann. Das Gesetz gewährt den Schutz nur Modellen und bringt damit die Beschränkung auf Raumformkombinationen zum Ausdruck.

Alle diese Momente sprechen gegen die Schanzesche Auffassung; die gegenteilige Ansicht: „Gebrauchsmuster ist im Gegensatz zur Erfindung stets eine Raumformkombination" bietet dagegen eine sichere Unterscheidung zwischen Erfindungen und Mustern und fügt sich der oben verfochtenen Ansicht von der Beschränkung des Erfindungsbegriffes auf Naturkräfte als logische Folge an.

Diese Unterscheidung entspricht auch der Analogie des Geschmacksmusters, und es ist daran festzuhalten, daß das Geschmacks- und das GebrMustG. auf der gleichen Grundlage beruhen. Der Auffassung Schanzes (Beitr. S. 193), als ob dem Geschmacksmuster auf der einen Seite, Patent und Gebrauchsmuster auf der anderen Seite gegenüberstehen würden, widerspricht die übereinstimmend ähnliche Bezeichnung und Behandlung des Gebrauchs- und Geschmacksmusters von Gesetzgebung und Wissenschaft. Wenn auch das eine Gesetz auf dem Boden der Aesthetik, das andere auf dem der Technik fußt, so haben sie doch das Gemeinsame, daß sie sich zur Verwirklichung ihrer verschiedenen Zwecke der Raumform bedienen.

Auf Grund all dieser Erwägungen komme ich zu dem Resultat: der Patentschutz den Erfindungen d. i. den Naturkräftekombinationen, der Musterschutz den Raumformkombinationen.

In Kürze sei noch darauf hingewiesen, daß die beiden Gebiete sich nicht gegenseitig ausschließen. „Patent- und Gebrauchsmusterschutz", sagt Kohler zutreffend, „sind nicht von einander abgegrenzte Gebiete, sondern sind Kreise, die

sich schneiden und ein weites Gebiet gemeinsam haben".[1]) Die gegenteilige Ansicht Stengleins, die auch teilweise von der Praxis vertreten wird, halte ich nicht für richtig. Und wenn Stenglein bei Grenzfällen die Wahl des Anmelders, ob er Patent- oder Gebrauchsmusterschutz erlangen wolle, mitentscheidend einwirken läßt, so folgt daraus ja schon die Unrichtigkeit seiner Ansicht; denn wenn eine objektiv feststehende Grenze bestehen würde, könnte sie durch den Willen des Anmelders wohl nicht verschoben werden.

Es kann hier übergangen werden, wie sich der Gebrauchsmusterschutz einfacher und billiger, aber auch weniger wirksam darstellt, als der Patentschutz, jedenfalls wird es sich empfehlen, in Zweifelsfällen der Anregung des PA. (GewRschutz VII S. 354) folgend zur Wahrung der Priorität den Gegenstand alternativ als Patent oder Gebrauchsmuster anzumelden.

D. Bedürfnisbefriedigung.

§ 12. I. Brauchbarkeit.

Das literarische und künstlerische Urheberrecht, sowie das Geschmacksmusterrecht schützen das Geschaffene ohne Rücksicht darauf, ob es Nützlichkeit hat, einem Zwecke dient; etwas ist geschrieben oder gemalt und damit für den Urheber geschützt. Anders das gewerbliche Urheberrecht, speziell das Patentrecht. Die Erfindungsqualität, die erste Voraussetzung des Patentschutzes, enthält nicht nur die Forderung, daß etwas als Ergebnis schöpferischer Tätigkeit und unter Benutzung von

[1]) Kohler in GewRschutz I S. 200; Kent S. 42; RG. in PMZBl. V S. 309; RGCiv. 44 S. 74. A. M. Stenglein S. 102; PMZBl. II S. 324 f.; JW. 1895 S. 604; RGCiv. 36 S. 18.

Naturkräften geschaffen ist, sondern die Schöpfung muß weiter, um eine Erfindung zu sein, Brauchbarkeit aufweisen. Schanze führt aus (ErfuMust. S. 63): „Es versteht sich von selbst, daß das Erfindungsergebnis einen Zweck erfüllen, ein Bedürfnis befriedigen muß. Denn alles menschliche Handeln, namentlich, wenn es, wie das, was den Inhalt einer Erfindung ausmacht, auf Wiederholung berechnet ist, hat vernünftigerweise die Befriedigung eines Bedürfnisses zum Zwecke."

Diese Brauchbarkeit ist es auch, welche das Patentrecht der Vereinigten Staaten von Amerika ausdrücklich hervorhebt, wenn es von dem Patentgegenstand verlangt, daß er neu und nützlich „new and useful" ist.[1])

Es ist auch wohl nicht bestritten, daß diese Eigenschaft ein Begriffselement der Erfindung ist, mag man sie nun mit Kohler „Postulaterfüllung" oder mit Schanze „Brauchbarkeit" oder „Nützlichkeit" oder „Befriedigung menschlicher Bedürfnisse" nennen. Es wäre auch tatsächlich eine Knebelung des ganzen wirtschaftlichen Lebens, wollte man die Wirtschaftsfreiheit durch eine Menge Schutzrechte für unnütze Gegenstände einengen; vielmehr hat nur der eine Erfindung gemacht und kann Patentschutz beanspruchen, der eine Brücke zwischen den Naturkräften und den Bedürfnissen des Lebens geschlagen hat. Meinungsverschiedenheit aber herrscht darüber, welcher Art diese Brauchbarkeit sein muß.

Vor allem hat das Erfordernis der Brauchbarkeit nichts mit Rentabilität zu tun. Es läßt sich an der Wiege der Erfindung unmöglich übersehen, wie sich die Ausbeutung gestalten wird. Gerade die größten und weittragendsten Erfindungen sind häufig anfangs mit großen Geldopfern

[1]) Rev. stat. vom 3. März 1897: Sektion 4886.

verbunden. Die Geschichte der Erfindungen weist Hunderte von Beispielen auf, wie eine Idee, die später die Welt erobert hat — ich erinnere an das Fultonsche Dampfschiff — im Kindesalter nur finanzielle Mißerfolge erlebte. Die Rentabilität hängt ja auch von zu vielen wirtschaftlichen Momenten ab, Kapitalkraft, Arbeitslöhne ꝛc., um als Maßstab für den technischen Wert der Erfindung zu dienen. Vielmehr handelt es sich um die Brauchbarkeit zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse.

Die Brauchbarkeit ist nicht auf materielle Bedürfnisse beschränkt. Die Erfindung eines Musikinstruments dient sicher nicht materiellen Bedürfnissen und doch ist der Erfindungscharakter nicht zu bestreiten. Die Brauchbarkeit kann eben auch auf einen idealen oder ästhetischen Zweck gerichtet sein.[1])

Mit Recht verlangt aber Kohler, daß tatsächlich eine Brauchbarkeit, nicht nur eine tolle Laune, eine unvernünftige Kaprice vorliegt. „Der Drang, einer solchen Laune zu genügen, gehört nicht zu den Bedürfnissen des Lebens. Wenn Personen die Laune haben, Fliegen zu köpfen, die Stimmen der Tiere nachzuahmen, auf allen Vieren zu gehen, auf dem Kopfe zu stehen oder alle fünf Minuten die Zunge zu zeigen, so sind das keine Dinge, welche das Recht beachten kann; ebensowenig wenn, wie vor einigen Jahren, die Sucht auftaucht, das Publikum durch das Cri-cri zu belästigen oder durch verstellte Laute irre zu leiten u. a." (Kohler: Hdb. S. 127.)[2])

---

[1]) Allfeld S. 9; Schanze: ErfuMust. S. 71 f.; Gareis S. 25. a. M. Klostermann in Buschs Archiv Bd. 35 S. 40; Staub S. 8.

[2]) Isay (S. 29) verlangt, daß das Bedürfnis verständlich ist und kommt damit trotz seiner Polemik gegen Kohler zu fast dem gleichen Resultat; a. M. speziell hinsichtlich des Cri-cri Kent S. 114.

Damit soll aber nicht gesagt sein, daß das Postulat bedeutend oder wichtig, oder etwa gar, daß es wertvoll sein muß. Das PA. ist nicht dazu berufen, wohl auch nicht in der Lage, ein Werturteil über das Bedürfnis zu fällen, zu dessen Befriedigung die angemeldete Erfindung dienen soll. Und dann läßt sich ja in dem Stadium, in welchem über die Patentierbarkeit der angemeldeten Idee entschieden wird, noch gar nicht vorhersagen, wie weit sie sich die Kulturwelt erobert. So wurde die Erfindung der Eisenbahnen lange für einen wertlosen Schwindel, das Telephon für ein amerikanisches Spielzeug gehalten und gerade die bedeutendsten Erfindungen wurden in ihrer Jugend verkannt. Aber selbst wenn eine richtige Prognose über Fruchtbarkeit der Idee möglich wäre, wäre der Patentschutz nicht auf bedeutende Erfindungen zu beschränken. Denn der Mensch trachtet nicht allein nach der Befriedigung der notwendigen Bedürfnisse: mit der Verfeinerung der Kultur steigern sich seine Ansprüche und damit weitet sich das Feld für Erfindungen. Da auch Zerstreuung und Unterhaltung berechtigte menschliche Bedürfnisse sind, fehlt den Spielzeugen, mögen sie für den Gebrauch der Kinder oder der Erwachsenen dienen, der Erfindungscharakter ebensowenig wie den Taschenspieler- oder Zauberapparaten. Das PA. hat in ständiger Praxis solche Spielsachen beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen patentiert, so Kinderdampfmaschinen, Taschenspielerapparate, Zaubervorrichtungen (PMZBl. III S. 225).

Nun zur Frage nach Ort und Zeit des Bedürfnisses. Kohler führt richtig aus: „Das Bedürfnis muß ein gegenwärtiges sein; für die Verhältnisse künftiger Tage gibt man jetzt keine Patente. Dagegen braucht das Bedürfnis nicht ein Bedürfnis unserer Gegend, unseres Klimas, unseres

Volkes zu sein."[1]) Ein zum Schutze gegen die Tropenhitze oder gegen die Moskitos dienender Apparat kann auch bei uns patentiert werden. Doch muß es ein gegenwärtiges Bedürfnis sein, das durch die Schöpfung befriedigt wird: es genügt nicht, daß die Erfindung für den Eventualfall schafft, daß zuerst eine andere Errungenschaft erreicht wird; eine Erfindung, Stationen im Luftreiche einzurichten, kann erst gemacht werden, seit das Problem der Luftschiffahrt in greifbare Nähe gerückt ist. Aber wenn es sich auch um ein gegenwärtiges Bedürfnis handeln muß, so braucht es doch nicht akut zu sein, es genügt, wenn das Eintreten des Bedürfnisses unter Berücksichtigung des gegenwärtigen Standes der Kultur nach menschlichem Ermessen nicht ausgeschlossen ist. So ist zweifellos eine Schöpfung, welche Brauchbarkeit für den Kriegsfall aufweist, die übrigen Erfordernisse vorausgesetzt, als Erfindung anzusehen.

Kohler verlangt weiter, daß der Zweck kein unsittlicher sei; dieser Formulierung ist entgegenzuhalten, daß der Ausschluß von gesetzwidrigen oder unsittlichen Erfindungen nicht im Erfindungsbegriff begründet ist, sich vielmehr als eine akzessorische Bestimmung darstellt.[2]) Das ergibt sich schon aus dem klaren Ausdruck des § 1 Abs. 2, der unbedenklich von Erfindungen spricht, welche ausgenommen sein sollen; überdies sind ja die Begriffe „ungesetzlich und unsittlich" nach Ort und Zeit verschieden, während der Begriff „Erfindung" unabhängig von den Kulturanschauungen der einzelnen Länder konstant bleibt. Und warum soll nicht auch eine unsittliche Kombination im technischen Sinne eine Erfindung sein? Nur die akzessorischen gesetzlichen Bestimmungen können

[1]) Kohler: Hdb. S. 125 ff.; ebenso Allfeld S. 10.

[2]) Ebenso Schanze: ErfuMust. S. 4, Beitr. S. 170, 194; in GewRschutz VI S. 125 ff.

ausdrücklich oder stillschweigend die Forderung der Sittlichkeit und Gesetzmäßigkeit des Erfindungszweckes aufstellen.

Das Resumee ist also folgendes: Ein Begriffselement der Erfindung ist die Brauchbarkeit, d. h. die Erfindung muß ein menschliches Bedürfnis befriedigen. Der Begriff Bedürfnisbefriedigung ist im weitesten Sinne zu fassen, beschränkt sich nicht auf gewerbliche, nicht auf materielle, nicht auf notwendige Bedürfnisse, umfaßt vielmehr auch weniger weltbewegende, weniger bedeutende Postulate; nur unvernünftige Launen und nicht übersehbare Forderungen der Zukunft können nicht als Bedürfnisse in diesem Sinne gelten. Daß der Erfinder eine Brauchbarkeit erkennen muß, daß er aber auch für die nicht erkannten Brauchbarkeiten geschützt ist, wurde schon ausgeführt (§ 8).

§ 13. Eigenartigkeit.

Wir haben gesehen, wie die schöpferische Idee ein Mittel zur Befriedigung eines menschlichen Bedürfnisses darstellen muß, um eine Erfindung zu sein. Aber es darf nicht ein bereits bekanntes Mittel sein, vielmehr verlangt jedenfalls der wissenschaftliche Sprachgebrauch des Wortes Erfindung, daß ein eigenartiges, von dem bisher Vorhandenen abweichendes Mittel geboten werde und in diesem Sinne enthält schon das Wort „Erfindung" das Erfordernis der objektiven Neuheit. Ueber die Abgrenzung dieser dem Erfindungsbegriff immanenten Eigenartigkeit von der in § 2 PatG. definierten akzessorischen Neuheit bin ich oben (§ 2) schon zu folgendem Resultat gekommen: Die Eigenartigkeit fordert, daß das Mittel, welches zur Befriedigung eines menschlichen Bedürfnisses dienen soll, von den bereits bekannten Befriedigungsmitteln abweicht; die Neuheit dagegen ist dann gewahrt, wenn die Erfindung selbst nicht vorzeitig bekannt wurde.

Es ist weiter schon ausgeführt (S. 12), daß die Eigenartigkeit beim Erfindungsrecht anders wie beim literarischen und künstlerischen Urheberrecht keineswegs immer mit der Ursprünglichkeit, d. i. der Tatsache, daß der Erfinder die Idee selbstschöpferisch gefunden hat, zusammenfällt; vielmehr liegt es in der Natur der Materie, daß nur zu leicht jemand aus sich selbst etwas schafft, was, ihm unbekannt, schon ein anderer erfunden hat. Man braucht dabei absolut nicht immer an den Einsiedler zu denken, der fernab von den menschlichen Kulturzentren ohne Kenntnis von den gebräuchlichsten Fortschritten der Technik sich seine einfachen Werkzeuge selbst ersinnt; vielmehr weiß oft auch der Berufstechniker nicht jede kleine Verbesserung oder Neuschaffung, und es ist keine Seltenheit, daß viel Mühe und Arbeit an ein Problem gewandt wird, das bereits gelöst ist. Aber das Patent stellt sich nicht etwa als Lohn für aufgewandte Arbeit, sondern in erster Linie als Entgelt für die gewährte nationale Bereicherung dar, und diese tritt nur ein, wenn die Erfindung ein unbekanntes Mittel zur Befriedigung der Kulturbedürfnisse bietet. Niemals aber kann durch ein bekanntes Mittel, auch wenn es neu ersonnen wird, eine solche Bereicherung stattfinden.

Schwierigkeit bietet also nur die Abgrenzung gegenüber anderen Neuheitsbegriffen und der heiße Streit, welcher über diese Frage entbrannt ist, erstreckt sich nur darauf, ob überhaupt die Eigenartigkeit als ein Erfordernis der Erfindungseigenschaft anzusehen ist; was man aber unter Eigenartigkeit zu verstehen hat, folgt unbestritten aus dem Wesen dieses Begriffselementes von selbst, weshalb hier einige Striche zur Skizzierung genügen werden.

Spricht man von Eigenartigkeit, so denkt man an eine Vergleichung mit bekannten Dingen von ähnlicher Be-

schaffenheit. Die Eigenartigkeit fehlt also, wenn bereits ein derartiges Mittel, wie durch die in Frage stehende Idee geboten wird, bekannt ist. Dabei ist es gleichgiltig, auf welche Weise ein solches Mittel bekannt geworden ist, ob durch Beschreibung oder durch Vorträge oder sonstwie. Selbstverständlich handelt es sich um Bekanntsein in Fachkreisen; denn diese verkörpern hier die Kulturwelt. Wenn dagegen ein Verfahren beispielsweise nur bei Zigeunerbanden bekannt ist, so ist es damit gewiß nicht Gemeingut geworden.

Aehnlich verhält es sich mit Ort und Zeit des Bekanntwerdens. Was in einer anderen Kulturwelt, örtlich oder zeitlich genommen, bekannt war, kommt als Vergleichspunkt nicht in Betracht. Es ist also unschädlich, ob die geforderte Eigenartigkeit einem Kunstgriff gegenüber fehlt, der etwa in Indien gebräuchlich ist, und ein Patent kann nicht deshalb für nichtig erklärt werden, weil sich nachträglich herausstellt, daß im Mittelalter ein gleiches Verfahren bekannt war.

Schwierigkeiten bietet aber die Frage, nach welchem Zeitpunkt das Vorhandensein oder der Mangel der Eigenartigkeit zu beurteilen ist. Schanze[1]) hält die Zeit der Anmeldung für maßgebend. Nach ihm ist es nicht notwendig und nicht genügend, daß die Idee bei ihrer Konzeption eigenartig und damit eine Erfindung war. Vielmehr muß zur Zeit der Anmeldung die Schöpfung eigenartig sein; wenn in der Zwischenzeit andere Objekte von gleicher Beschaffenheit bekannt wurden, so hat die ursprünglich neue Schöpfung ihre Eigenartigkeit verloren und ist keine Erfindung mehr. Demgegenüber hebt Allfeld (S. 14) hervor, daß etwas, was einmal eine Erfindung ist, nicht aufhören könne, es zu sein, und daß die Ansicht, die Eigenartigkeit

[1]) Schanze: ErfuMust. S. 342 ff.; Isay S. 45.

könne nachträglich wieder verloren gehen, jeden Unterschied zwischen Eigenartigkeit und Neuheit verwische; deshalb sei das Merkmal der Eigenartigkeit nicht nach dem Zeitpunkte der Anmeldung, sondern nach dem der Konzeption der Schöpfung zu beurteilen.

Zwar möchte ich die Einwände Allfelds nicht ohne weiteres von der Hand weisen, doch scheint mir die Konsequenz seiner Ansicht bedenklich. Wenn beispielsweise ein Erfinder seine Schöpfung geheim hält und nicht patentieren läßt, so würde der Erfindungscharakter auch dadurch nicht berührt werden, daß ein anderer oder die fortlaufende Kulturentwicklung aus sich selbst den gleichen Erfolg schafft. Aber auch die Neuheit wäre noch vorhanden, solange die geheimnisvoll bewahrte Idee selbst nicht in öffentlichen Druckschriften beschrieben oder offenkundig benützt würde. Es müßte also die Erfindung, wenn sie später zum Patent angemeldet wird, auch dann patentiert werden, wenn in der Zwischenzeit längst ein anderes Objekt von gleicher Beschaffenheit bekannt geworden wäre; denn das Bekanntwerden des zweiten Objektes würde die Neuheit des ersten nicht ausschließen. Auf diese Weise würde eventuell sogar derjenige, der seine Erfindung nicht zum Gemeingut macht, sondern geheim hält, einen besseren Schutz haben, als derjenige, der sie zum Patent anmeldet. Denn während der Patentschutz zeitlich beschränkt ist, würde das Recht an der geheimgehaltenen Erfindung und die Möglichkeit, sie noch patentieren zu lassen, durch keine zeitliche Grenze beengt sein.

Ich glaube, wie oben (§ 2) schon angeführt, daß man zwar noch von Erfindung im subjektiven Sinne spricht, auch wenn das Mittel in der Zwischenzeit überholt wurde, daß aber die Erfindungseigenschaft im objektiven Sinne, und da-

mit die Eigenartigkeit des Mittels, zu der Zeit vorliegen muß, zu welcher die Idee zum Patent angemeldet wird.

Das Eigenartige kann nun entweder in der Stellung eines neuen Problems oder in der Lösung eines bekannten Problems liegen. Im ersteren Falle führt die Erfindung einen neuen Erfolg herbei, sie befriedigt ein neues Bedürfnis, denn selbstverständlich stellt nur ein gelöstes Problem eine Erfindung dar. „Häufig genug ist das größere Verdienst des Erfinders dies, daß er die Aufgabe, an welche bis dahin niemand gedacht hat, sich zuerst gestellt hat; und es war der kleinere Schritt, daß er sie löste, nachdem er sie sich gestellt hatte" führt das RG. (bei Gareis VII S. 10 f.) aus und fährt dann fort: „In den Fällen, in welchen bekannte Mittel, welche bereits in anderen Industriezweigen zur Lösung ähnlicher Aufgaben dienen, verwendet sind, besteht oft genug das Verdienst des Erfinders und der Fortschritt der Industrie, daß in einem Industriezweige eine ähnliche Aufgabe zu stellen war, wie sie für andere Industriezweige bereits gelöst war. Zu ihrer Lösung in dem neuen Industriezweige boten sich dieselben oder ähnliche Mittel dar, als die Aufgabe für diesen Zweig einmal gestellt war." So sieht das RG. mit Recht einen eigenartigen Erfolg und somit eine Erfindung auch darin, daß, wie z. B. bei der oben erwähnten Davy'schen Sicherheitslampe ein bekannter Gegenstand zu einem neuen Zwecke, und deshalb auch mit einer eigenartigen Wirkung hergestellt wird.

Meistens aber liegt die Eigenartigkeit nicht in der Stellung, sondern in der Lösung der Aufgabe, wie die Fülle von Patenten beweist, welche ihren Kern in der technischen Durchführung haben. In diesem Falle wird das Eigenartige meistens in der Art der Durchführung zu finden sein und es ist, wie ich später noch ausführen werde, nicht erforderlich,

daß diese Problemlösung die erste ist, wenn nur der Weg, auf welchem das neue Mittel erreicht wird, ein von dem Bekannten abweichender ist.

Im übrigen bietet die Frage, ob ein Gegenstand oder ein Verfahren im Vergleiche zu dem der Kulturwelt Bekannten eigenartig ist, im einzelnen praktischen Falle keine Schwierigkeit. Nur ist daran festzuhalten, daß sich der Gegenstand der Anmeldung, um eine Erfindung zu sein, in einem der beiden Punkte von dem Bekannten unterscheiden muß, entweder in der Weise, daß er einen neuen Erfolg erzielt, oder indem er einen bekannten Erfolg mit neuen Mitteln erreicht.

§ 14. III. Fortschritt.

Auf der Patentenquete des Jahres 1886 (StenBer. S. 14) sagte Bolze: „Es scheint mir eine Absurdität, wenn man alles, was so nicht dagewesen ist, für eine Erfindung ausgeben will. Wenn jemand auf den Gedanken kommt, anstatt eines sonst üblichen eisernen Pflockes einen hölzernen einzuschlagen, oder wenn der Schuster anstatt eines eisernen Nagels einen bronzenen einschlägt, werden Sie das für eine Erfindung halten wollen?“ Hier handelt es sich speziell um das Erfordernis des Fortschritts. Dagegen wird geltend gemacht, daß das PA. nicht berufen und auch nicht in der Lage sei, ein derartiges Werturteil zu fällen. Allerdings enthält die Feststellung, daß eine Erfindung vorliegt, immer ein subjektives Werturteil und es wurde schon oben (§ 3) betont, daß der subjektive Charakter dieser Beurteilung es ist, welcher eine starre Definition des Erfindungsbegriffes hindert. Das Maß des Abweichens von dem Bekannten läßt sich eben nicht nach einem mechanischen Maßstabe, sondern nur nach dem vernünftigen, die Umstände des Einzelfalls zusammenfassenden Ermessen bestimmen.

Schon der Sprachgebrauch legt in das Wort Erfindung die Fortschrittseigenschaft. Aber auch aus dem Gesetz ist dieses Erfordernis herauszulesen. Denn § 7 PatG., der vom Zusatzpatent handelt, stellt für dieses die Voraussetzung auf, daß die ihm zugrunde liegende Erfindung „die Verbesserung oder sonstige weitere Ausbildung einer anderen, zu gunsten des Patentsuchers durch ein Patent bereits geschützten Erfindung" bezweckt. Da die Besonderheit des Zusatzpatentes nur die Beziehung zu einem bereits erteilten Patent berührt, liegt es nahe, daß, wie hier die Erfindung die Verbesserung oder sonstige weitere Ausbildung der bereits patentierten Vorgängerin bezwecken muß, jede Erfindung eine Verbesserung des bereits Vorhandenen, somit einen Fortschritt darstellen muß.

Ein Schutz ist aber auch nur bei Neuerungen, welche einen Fortschritt aufweisen, erforderlich und nach der Begründung des PatG. beabsichtigt. Denn nur Verbesserungen reizen zur Nachahmung; bei Verschlechterungen dagegen könnte die Patentierung nur zu einer Täuschung des Publikums führen, das sich durch den Hinweis auf die bestandene amtliche Vorprüfung düpieren läßt und nur Neuerungen, die einen Fortschritt aufweisen, sind patentwürdig; es haben ja auch nur diese eine Vermehrung des nationalen Kulturbestandes, die den inneren Grund des Patentschutzes bildet, zur Folge.

Ehe ich die Gegner des Fortschrittserfordernisses zu Wort kommen lasse, möchte ich den Begriff selbst untersuchen, wie er von der großen Mehrzahl der Schriftsteller und der ständigen Praxis des RG. als Voraussetzung der Erfindungseigenschaft angesehen wird.

Selbstverständlich ist dieses Erfordernis von der selbstständigen Voraussetzung des Patentschutzes, der gewerblichen

Verwertbarkeit, zu unterscheiden. Weiter ist Fortschritt und Rentabilität scharf auseinanderzuhalten. Auf einer Verquickung dieser beiden Momente beruht ja zum Teil die Opposition der Gegner des Fortschritterfordernisses. Mit Rücksicht auf die Rentabilität heißt es richtig schon im ersten Berichte des kaiserl. PA. (PBl. 1878 S. 94): „Ueber den materiellen Wert — die Verwertsamkeit — der einzelnen Patente hat das PA. nicht zu befinden. Patente, denen ein solcher Wert nicht beiwohnt, werden in kurzer Zeit zum Erlöschen kommen." So ist das Verfahren zur Herstellung künstlicher Diamanten zweifellos eine Erfindung, obwohl noch jetzt die künstlich hergestellten Diamanten wesentlich teuerer sind, als die natürlichen von gleicher Größe.

Hier aber handelt es sich nicht um Rentabilität, sondern um die Vorzüge des Gegenstandes der Erfindung gegenüber dem bereits Bekannten, um den Fortschritt. Dieser kann nun entweder auf technischem oder auf wirtschaftlichem Gebiete liegen. Im ersteren Falle ist das Verdienstliche mitunter in der Auffindung des Problems zu suchen, wobei der Erfindungsgedanke lediglich in der Stellung der Aufgabe liegt, während die Lösung keine Schwierigkeiten mehr macht. Ich erinnere an das oben angeführte Beispiel der Nähmaschinen-Fußbank[1]) und an das im Vorstehenden über Eigenartigkeit Gesagte; denn diese Seite des Fortschrittserfordernisses fällt mit der Eigenartigkeit zusammen. In der Regel aber wird der Fortschritt in der Ausführung liegen, in der Ueberwindung der mit der Herbeiführung des Erfolges verbundenen Schwierigkeiten. Der Grad der schöpferischen Tätigkeit auf diesem rein technischen Gebiete ist es, was die Erfindung von der Konstruktion scheidet. Ich werde mich unten ausführlich mit dieser Unterscheidung beschäftigen.

[1]) Patent Nr. 49914 vgl. RG. in PMZBl. II S. 5 f.

Der Fortschritt kann aber auch ein wirtschaftlicher sein; ich weise nur auf die Gruppe der patentfähigen chemischen Analogieverfahren hin. Zwar besteht hier, ebenso wie bei einer Reihe von mechanischen Erfindungen, äußerlich nur ein sehr geringfügiger Unterschied von verwandten Prozessen; aber der erforderliche Fortschritt liegt, wie das RG. wiederholt in ausführlicher Begründung hervorhebt (bei Gareis VII 54; VIII 104 f.) darin, daß trotz der scheinbar geringfügigen Verschiedenheit ein überraschender Erfolg herbeigeführt wird. Der wirtschaftliche Fortschritt kann nun entweder darin bestehen, daß das betreffende Bedürfnis durch die Erfindung überhaupt zum ersten Male befriedigt wird, oder darin, daß die neue Art der Befriedigung des Bedürfnisses sich durch besondere Umstände als Fortschritt darstellt, indem durch die Erfindung Mittel geboten werden, welche bequemer, intensiver, sicherer, dauerhafter oder billiger den Erfolg herbeiführen.[1])

Oft aber liegt schon darin ein Vorteil für die Kultur, daß ein zweites Mittel zur Befriedigung eines Bedürfnisses vorhanden ist. Es läßt sich ja vorerst gar nicht bestimmen, ob nicht später gerade dieses zweite Mittel das ausgiebigere wird. Würde man verlangen, daß ein Mittel zum ersten Male ein Bedürfnis befriedigen müsse, so müßte man einem chemischen Verfahren zur künstlichen Herstellung von Steinkohle, falls es nicht andere Vorzüge gegenüber der natürlichen Kohle mit sich bringt, die Erfindungseigenschaft absprechen oder hätte es wenigstens tun müssen, als noch keine Besorgnis für das Abnehmen der Steinkohle auftauchte. So kann schon die bloße Tatsache, daß noch ein zweites Mittel neben dem bereits vorhandenen das Bedürfnis be-

[1]) Vgl. die bei Schanze: ErfuMust. S. 143 ff. zitierten Entscheidungen.

friedigt, auch ohne daß es besondere weitergehende Vorzüge aufweist, einer Schöpfung den zu ihrer Charakterisierung als Erfindung notwendigen Fortschritt verleihen. Doch darf das nicht ins Unendliche führen; ist einmal eine Anzahl von Mitteln zur Befriedigung eines Bedürfnisses da, so wird dadurch, daß noch eines gefunden wurde, der Kulturwelt kein Vorteil mehr gewährt.[1])

Für das Erfordernis des Fortschritts in dem dargelegten Sinne treten die meisten Patentrechtsschriftsteller ein.[2]) Sie alle sind damit einverstanden, wenn es im „Patentanwalt" (1891 S. 2555) heißt: „Das RG. läßt drei Momente für die Beurteilung des Erfindungscharakters von Bedeutung sein. Einmal, ob die Stellung der durch die Erfindung gelösten Aufgabe besonderen Scharfblick erfordert, ob die Lösung eine bloß konstruktive Tätigkeit übersteigende geistige Betätigung verlangt habe und ob das erlangte Resultat ein technisch bedeutsames sei. Wenn nur eine der Fragen bejaht wird, so ist der Erfindungscharakter nicht zu leugnen."

Sehr bestritten ist die Frage, ob der erforderliche Fortschritt dann anzunehmen ist, wenn den Vorzügen Nachteile gegenüberstehen. Im Gegensatz zum RG.[3]) führt Kohler aus, daß ein Abwägen von Vorteilen und Verschlechterungen schon deshalb zu verwerfen ist, weil die junge Er-

---

[1]) Ebenso Robolski S. 12; vgl. die Ausführungen bei Kohler: Hdb. S. 122 f., der die Einschränkung nicht macht.

[2]) Vgl. Schanze: ErfuMust. S. 106, S. 124 ff.; Robolski S. 7 ff.; Hausding S. 214 ff.; Engelmeyer in Zivilingenieur Bd. 41 S. 289; Isay S. 47 ff.; Osterrieth S. 69 der aber, m. E. nicht glücklich, den Ausdruck „Patentwürdigkeit" gebraucht.

[3]) RG. in PMZBl. V S. 192 ff.; in JW. 1898 S. 612 f., 1902 S. 317. A. M. Kohler: Hdb. S. 122 f. und die dort Zitierten, vor allem Kent S. 114.

findung, die doch gewöhnlich zur Beurteilung steht, sich erst abschleifen muß, bis sie mit den vorhandenen Objekten konkurrieren kann. Vermittelnd und m. E. unter richtiger Berücksichtigung der inneren Verschiedenheit des Fortschritts unterscheidet Isay (S. 48, 52) und seine Ansicht steht weder mit den ergangenen Entscheidungen noch mit den Ausführungen Kohlers in innerem Widerspruch: Ist der Fortschritt der Erfindung ein wirtschaftlicher, dann hat eine Berücksichtigung der wirtschaftlichen Nachteile zu erfolgen; denn sonst könnte tatsächlich eine Verbilligung, die doch auch ein Fortschritt ist, stets auf Kosten der Qualität erfolgen. Liegt dagegen der Fortschritt auf technischem Gebiete, so kommen die Nachteile nicht in Betracht; denn diese sind größtenteils im Laufe der Zeit überwindbar, während der technische Kern, unbeeinflußt von den Schlacken, welche der Erfindung noch anhaften, den Fortschritt darstellt.

Natürlich genügt nicht jeder minutiöse Fortschritt (denn einen gewissen Erfolg weist ja jede gewerbliche Neuerung auf); es ist vielmehr ein erheblicher Fortschritt notwendig, um eine Neuerung zur Erfindung zu machen.[1])

Damit soll aber, wie schon oben (§ 11) betont wurde, nicht gesagt sein, daß der Patentschutz den Erfindungen mit erheblicherem Fortschritt vorbehalten ist und den „kleineren Erfindungen" nur der Gebrauchsmusterschutz offen steht, sondern es wird nur der unbedeutende, minimale Fortschritt als unwesentlich gekennzeichnet (vgl. Kent S. 115). Die

---

[1]) Wenn auch Schanze einen „überraschenden" Fortschritt verlangt — auch das RG. hebt als charakteristisch das Unerwartete hervor (bei Gareis VII S. 54 f., X S. 4 f.) — während Hausding (a. a. O.) von einem „erheblichen" Fortschritt spricht (gegen ihn Schanze: Beitr. S. 57 f.), so ist doch nicht zu verkennen, daß der Grundton der beiden Ansichten der gleiche ist.

Technik befindet sich in beständigem Vorwärtsschreiten; nicht dieser allmähliche Fortschritt, den die ständige Kulturentwicklung naturgemäß mit sich bringt, ist es, der von einem patentwürdigen Gegenstand zu fordern ist, sondern ein Aperçu, ein Vorstoß in das dunkle Reich der noch nicht erschlossenen Möglichkeiten. Es kommt aber weniger auf die Größe des Schrittes vom Bekannten zum Neuen als auf den technischen Erfolg an.

Nun zu den Gegnern des Fortschrittserfordernisses. Von manchen Schriftstellern[1]) wird nämlich geltend gemacht, daß sich zum mindesten de lege ferenda die Vorprüfung auf die Neuheit zu beschränken habe, weil ein subjektives Werturteil, wie es die Feststellung des speziellen Erfindungscharakters immer ist, nicht die Grundlage einer Entscheidung bilden dürfe. Dem kann nicht beigestimmt werden. Denn einerseits lehrt selbst ein flüchtiger Blick auf andere Materien des Rechtslebens, daß auf keinem Rechtsgebiete ohne richterliches Ermessen auszukommen ist — ich erinnere an die unmöglich starr begrenzbaren Begriffe der Zurechnungsfähigkeit oder der Fahrlässigkeit im Strafrecht oder an den Begriff „Treu und Glauben" oder „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" im Zivilrecht — andererseits würde aber bei der Patentierung, selbst wenn die Prüfung auf die Neuheit beschränkt wäre, wenig geholfen sein. Denn entweder müßte man alles patentieren, was absolut neu ist, also z. B. auch die Herstellung eines Gegenstandes aus einem anderen als dem bisherigen, aber vollständig gleichwertigen Stoffe und diese Konsequenz werden selbst die Verfechter dieser Theorie ablehnen; oder man müßte verlangen, daß der Gegenstand wesentlich neu sei und dann spielt das sub-

[1]) Fehlert in GewRschutz IV S. 65 ff.; Schütz in Zeitschr. des Vereins deutscher Ingenieure XXXIII S. 603 ff.

jektive Werturteil wieder die gleiche Rolle, wie bisher bei der Annahme eines Fortschrittserfordernisses.

Auch Allfeld (S. 11) will nicht allgemein von einem Fortschrittserfordernis sprechen, sondern nur soweit, als einerseits in dem oben erörterten Begriff des eigenartigen Befriedigungsmittels menschlicher Postulate, andererseits in dem Unterschied zwischen Erfindung und Konstruktion schon ein gewisser Fortschritt enthalten ist. Ich gebe zu, daß diese Fälle die praktisch bedeutsamsten sind, und räume weiter ein, daß der Gesichtspunkt der Scheidung zwischen Erfindung und Konstruktion eigentlich ein Bestandteil des oben behandelten Momentes „schöpferische Tätigkeit" ist; da es mir aber um eine Erörterung des Erfindungsbegriffes und nicht um eine knappe Definition zu tun ist, will ich hier einheitlich von dem Moment des Fortschritts sprechen.

Doch glaube ich, daß die Ansichten gar nicht so weit auseinandergehen. Denn was Allfeld am meisten von dem Erfordernis des Fortschritts fürchtet, das habe ich schon oben von der Hand gewiesen, daß nämlich das neue Befriedigungsmittel nicht notwendig ein besseres sein muß, daß vielmehr der Fortschritt sehr wohl schon darin bestehen kann, daß durch die Erfindung die vorhandenen Mittel vermehrt wurden. Ich stimme vollkommen der von Allfeld ins Treffen geführten Entscheidung des RG. (bei Gareis VII. S. 17) zu: „Der Umstand, daß ein bestimmter technischer Vorgang bisher auf einem gewissen Wege bereits erreicht wurde, schließt die Erteilung eines Patents auf andere Mittel zur Erzielung des gleichen Erfolges nicht aus. Erforderlich ist nur, daß der neue Weg einen Fortschritt bedeutet, sei es auch nur insoferne, als er ein neues, brauchbares Mittel zur Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse bietet."

Der Unterschied zwischen der Ansicht Allfeld's und der

hier vertretenen Auffassung liegt m. E. in folgendem: Verneint man ein allgemeines Fortschrittserfordernis, dann muß man einerseits verlangen, daß der Anmeldungsgegenstand eine Brauchbarkeit enthält, andererseits, daß er sich nicht als Konstruktion darstellt; nimmt man dagegen den Fortschritt als selbständiges Merkmal des Erfindungsbegriffes an, dann genügt es, daß der Gegenstand nach einer der beiden Seiten hin einen Fortschritt enthält, und sichert damit denjenigen Schöpfungen den Patentschutz, die zwar nach ihren äußeren Umrissen den bekannten Gegenständen sehr verwandt sind, bei denen aber der äußerlich geringfügige Unterschied erhebliche technische Wirkungen erzielt, was besonders bei chemischen Verfahren häufig der Fall ist.

Aus diesem Grunde glaubte ich das Erfordernis des Fortschritts als selbständiges Begriffsmerkmal aufnehmen und den Unterschied zwischen Erfindung und Konstruktion hier behandeln zu müssen.

§ 15. Erfindung und Konstruktion.

Als die Berechtigung des Patentschutzes noch angezweifelt wurde, stützte man sich vor allem darauf, daß die Erfindung, wie alle anderen Errungenschaften der Kulturwelt sich auf bekannte Erscheinungen aufbaut. Wenn dabei auch nicht übersehen werden darf, daß durch die Erfindung, als eigenartige Menschenschöpfung, die Kultur sprunghaft gefördert wird, so ist doch der Gedanke festzuhalten, daß gerade auf dem Gebiete der Technik die einzelnen Errungenschaften sich zu einer Kette stetiger Fortentwicklung zusammenschließen. Hier gilt es nun, den Begriff der Erfindung festzuhalten und von der ihr verwandten Konstruktion abzugrenzen.

„Konstruktion ist alles, was nach dem Stande der Technik kraft der normalen technischen Hilfsmittel zu erreichen ist, Erfindung ist, was darüber hinausgeht und nur durch ein über die technischen Kenntnisse hinausgehendes Aperçu gefunden werden kann." (Kohler: Hdb. S. 95.) Die Konstruktion hat eben nur die Erfahrung und Routine als Hilfsmittel und bringt höchstens eine graduelle Steigerung; die Erfindung dagegen beruht auf einem schöpferischen Gedanken und erstrebt eine qualitative Steigerung.

So übereinstimmend dies aber auch zugegeben wird, es bleibt immer die Schwierigkeit im einzelnen Falle zwischen Erfindung und Konstruktion zu scheiden. Wirft man einen Blick auf die reichliche Judikatur, so findet man viele Abweisungen [1]) mit der Begründung, daß die Aufgabe „von jedem Sachverständigen" oder „von jedem einigermaßen gewandten Konstrukteur" hätte gelöst werden können, oder es wird auf den „Mangel eines Erfindungsgedankens" hingewiesen oder es wird verlangt, daß der Gegenstand der Anmeldung einen gewissen nicht notwendig für jeden Sachverständigen ohne weiteres gegebenen geistigen Inhalt hat. Alle die Begründungen zeigen, wie subjektiv die Abgrenzung zwischen Erfindung und Konstruktion ist. Oft werden Aenderungen, welche äußerlich recht ähnlich zu sein scheinen, hier sich als Erfindung, dort als Konstruktion darstellen, und es muß in jedem einzelnen Falle aufs neue die Scheidung zwischen den beiden verwandten Begriffen gezogen werden. Aus diesem Grunde muß man sich auch vor einer Verallgemeinerung der Entscheidungen hüten. Sie sind höchstens als Beispiele, niemals aber als Rechtsprinzipien anzusehen.

Die Grenze zwischen Erfindung und Konstruktion objektiv

[1]) Vgl. die zitierten Entscheidungen bei Allfeld S. 7 und bei Isay S. 53.

zu ziehen, ist aber m. E. nicht möglich (ebenso Isay S. 50); deshalb sei im folgenden nur auf einige Gesichtspunkte hingewiesen.

Maßgebend ist natürlich nicht der wissenschaftliche, sondern der technische Gehalt der Idee; denn „wissenschaftlich kann die Abänderung sehr harmlos sein und gewerblich, also patentrechtlich, von der größten Bedeutung".[1]) Weiter handelt es sich natürlich nur um die objektive Schwierigkeit und niemals darum, ob die Schöpfung dem Erfinder persönlich leicht gefallen ist.

In diesem Rahmen ist als Erfindung, nicht als bloße Konstruktion anzusehen, wenn durch die Aenderung eines bekannten Mittels ein anderer Erfolg herbeigeführt wird oder wenn einer bestimmten Art der Durchführung Schwierigkeiten im Wege stehen, welche erst durch die neue Schöpfung überwunden werden.

Wenn im Anschluß an das Schlicksche Patent (DRP. 80974) Streit darüber entstand, ob auch die Ueberwindung eingebildeter Schwierigkeiten die Konstruktion zur Erfindung macht,[2]) so möchte ich es gerade hier für gefährlich halten, ein allgemeines Prinzip aufzustellen; denn stets wird die

---

[1]) RG. in JW. 1892 S. 431; ebenso JW. 1889 S. 174.

[2]) Schanze in Glasers Annalen Bd. 47 S. 161 und in Zeitschrift d. Ver. deutscher Ingenieure Bd. 42 S. 1057 und ebenso Isay S. 51 stimmen der Ansicht des RG. (JW. 1898 S. 513 f.; 1895 S. 508) zu, daß auch die Ueberwindung eingebildeter Schwierigkeiten die erforderliche Erfindungstätigkeit ist; denn dies sei oft schwieriger und verdienstvoller als die Ueberwindung von Hindernissen in der Materie. Dagegen sind Kohler: Hdb. S. 102; Forsch. S. 31; Allfeld S. 7 f.; Kent S. 73; Köhn v. Jaski in Zeitschr. d. Ver. deutscher Ingenieure Bd. 43 S. 234 u. a. der Ansicht, daß ja nicht alles eine Erfindung sei und patentiert werden könne, was verdienstvoll sei und daß man eingebildete Schwierigkeiten nicht überwinden, sondern nur bravieren könne.

Beurteilung des einzelnen Falles ergeben müssen, ob die Tätigkeit des Erfinders mehr ist, als jeder Sachverständige mit handwerksmäßiger Gepflogenheit zuwege bringt.

Bei dieser Beurteilung aber wird es vielfach wie bei der sprichwörtlichen Geschichte vom Ei des Kolumbus sein; ex post werden Aenderungen sehr leicht aussehen und besonders im Nichtigkeitsverfahren scheint es mir äußerst schwierig, unter der Maske der leichten Begreiflichkeit einer fertigen Erfindung das Bild der Entstehung mit seinen Schwierigkeiten und Hindernissen zu erkennen. Man muß sich deshalb bei der Subjektivität dieser Beurteilung besonders genau in die Situation zurückversetzen, welche vor dem Vorhandensein der fraglichen Neuerung bestanden hat.

Die Frage, ob Erfindung oder Konstruktion vorliegt, kommt besonders bei folgenden technischen Arbeitsvorgängen in Betracht: bei der Uebertragung, der Substitution und der Kombination. Die Uebertragung besteht darin, daß eine Durchführungsidee auf einem anderen Gebiete angewendet wird, z. B. indem man ein bereits bekanntes chemisches Verfahren zur Produktion eines neuen Stoffes verwendet. Bei der Substitution dagegen wird ein bisher benutztes Durchführungsmittel durch ein anderes ersetzt (Materialaustausch).[1]) In beiden Fällen kann die vorgenommene Veränderung Erfindung oder Konstruktion sein, je nachdem sie sich als Ergebnis schöpferischer Geistestätigkeit oder lediglich handwerksmäßiger Geschicklichkeit darstellt. Daß bei weitem nicht jede Uebertragung und jede Substitution bloße Konstruktion ist, beweisen die vielen Patente auf dem Gebiete des chemischen Analogieverfahrens und fast jede Gruppe der mechani-

[1]) Bei der Substitution, die nur Konstruktion ist, nennt man das substituierte Mittel Aequivalent; vgl. über die Lehre von den Aequivalenten Kohler: Forsch. S. 55 ff.

schen Technik. Sehr oft nämlich wird die Anwendung einer Durchführungsidee auf ein anderes Gebiet, die Substitution eines anderen Stoffes neue Schwierigkeiten machen, deren Ueberwindung die Lösung zur schöpferischen Tat macht, sehr oft wird andererseits der Erfolg der analogen Anwendung auf einem neuen Gebiete über den bisherigen Erfolg weit hinausragen oder die Substitution eines anderen Stoffes eine weitergehende Wirkung hervorrufen.

Ebenso ist es mit der Kombination bereits bekannter Mittel. Wird durch die Verbindung ein Effekt erreicht, der sich lediglich als eine Summierung der Einzelwirkungen darstellt (Aggregation), so liegt regelmäßig eine Konstruktion vor. Nur wenn durch die Verbindung ein Effekt erzielt wird, der über die Summe der Einzelwirkungen hinausgeht, kann eine Erfindung angenommen werden. „Die neue Erfindung muß einen Ueberschuß über das bereits Bekannte aufweisen. Dieser Ueberschuß kann entweder darin bestehen, daß den bekannten Einzelelementen ein neues beigefügt wird, oder darin, daß bereits bekannte Einzelelemente neu kombiniert werden, sofern aus diesem Ensemble ein von der Wirkung der einzelnen Teile verschiedener Gesamteffekt entspringt." (Kohler: PatR. S. 45.)

Diese Grundzüge werden zur Charakterisierung des Unterschiedes zwischen Erfindung und Konstruktion um so mehr genügen, als einerseits das Wesen der Unterscheidung nicht bestritten ist, andererseits ein tieferes Eingehen wegen des subjektiven Charakters nur in das Gebiet der Kasuistik führen könnte. Als Beispiele und Einzelfälle sind ja auch die vielen in diesem Punkte ergangenen Entscheidungen anzusehen, denen als gemeinsamer Grundsatz zu entnehmen ist: Konstruktion ist das Ergebnis der Geschicklichkeit, Erfindung der Erfolg schöpferischer Geistestätigkeit.

II. Teil: Die Neuheit.

§ 16. A. Allgemeines.

Bisher habe ich die erste Voraussetzung des Patentschutzes, die Erfindungseigenschaft, zergliedert; im folgenden werde ich mich mit der zweiten Voraussetzung, der Neuheit, beschäftigen. Schon oben (§ 2) habe ich die Frage nach den Beziehungen zwischen „Erfindung" und „Neuheit" dahin entschieden, daß auch der Erfindungsbegriff das Element des Unbekanntseins in sich trage, welches wir „Eigenartigkeit" nannten und daß diese die Verwandtschaft des Gegenstandes mit anderen vorhandenen Objekten betrifft, während der akzessorische Neuheitsbegriff, mit dem sich § 2 PatG. beschäftigt, das Bekanntwerden eben der Erfindung selbst im Auge hat. Dieser Paragraph bestimmt:

„Eine Erfindung gilt nicht als neu, wenn sie zur Zeit der auf Grund dieses Gesetzes erfolgten Anmeldung in öffentlichen Druckschriften aus den letzten hundert Jahren bereits derart beschrieben oder im Inlande bereits so offenkundig benutzt ist, daß danach die Benutzung durch andere Sachverständige möglich erscheint."

Es hat sich nun die Frage aufgedrängt: Hat der Gesetzgeber in § 2 alle Fälle, durch welche die Neuheit zerstört sein soll, aufgezählt, oder sind in den beiden angeführten Momenten nur Beispiele zu erblicken. Diese Streitfrage schien bereits in Theorie und Praxis zugunsten der ersten

Alternative entschieden; in neuerer Zeit ist aber in Isay (S. 72) ein neuer Verfechter der Ansicht entstanden, daß der § 2 nicht definiere, sondern nur Beispiele bringe. Er meint, auch aus anderen als den in § 2 angeführten Gründen könne eine Patentanmeldung mangels Neuheit abgewiesen werden, und stützt sich gleich den übrigen Verfechtern dieser Ansicht[1]) auf die Mot I (S. 17), wo es heißt: „Unter welchen Voraussetzungen in dem von einem Patentsucher angemeldeten Gegenstande oder Verfahren tatsächlich etwas Neues zu erblicken ist, läßt sich durch Gesetz nicht bestimmen. Die das Patentgesuch prüfende Behörde hat dies nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen."

Diese Stelle weist aber m. E., wie bereits ausgeführt (§ 2), nur auf den Unterschied zwischen Eigenartigkeit und Neuheit hin und ist daher mit der Auffassung von der erschöpfenden Natur des § 2 wohl in Einklang zu bringen, zumal da ja über die Neuheit die Mot I (S. 18) ganz unzweideutig sagen: „Dagegen soll die vorgängige Benutzung der Erfindung deren Neuheit nur dann ausschließen, wenn sie offenkundig und im Inlande erfolgt ist, also nicht, wenn sie geheim gehalten wurde oder im Auslande stattfand."

Die herrschende Meinung in Theorie und Praxis steht auch auf dem Standpunkte, daß nur durch die beiden Momente des § 2 die Neuheit zerstört wird, und führt eine Menge von Auslegungsgründen grammatikalischer und rechtspolitischer Natur gegen die andere Auffassung an.[2]) Und

[1]) Rosenthal S. 60; Klostermann S. 131 f.; Gareis S. 56; Alexander-Katz in PBl. 1881 S. 79; Landgraf S. 15; ebenso deutsche Juristenzeitung 1904 S. 448 f.; zweifelnd Böhmer.

[2]) Vgl. insbes. die Ausführungen bei Staub S. 21 ff.; Kohler: Hdb. S. 181, PatR. S. 36; Schanze: ErfuMust. S. 320 ff.; Allfeld S. 19; Seligsohn S. 13 u. a.

tatsächlich will doch ein Gesetz in der Regel erschöpfend sein und wird anderenfalls seine exemplikative Natur durch Zusätze wie „insbesondere“ andeuten. Außerdem deutet die Art, wie das PatG. den Erfindungsbegriff undefiniert gelassen, das Requisit der Neuheit aber hervorgehoben hat, unzweifelhaft auf die Absicht hin, die Neuheit zu definieren. Denn der Mangel einer erschöpfenden Fixierung auch des Neuheitsbegriffes würde auch eine Rechtsunsicherheit mit sich bringen, welche das ganze Vorprüfungssystem (anders beim Anmeldesystem des französischen Rechts, das weder Erfindung noch Neuheit definiert) zu einem Schemengebilde machen würde.

Die herrschende Meinung entschied sich schon nach dem PatG. von 1877 so übereinstimmend dafür, daß die Bestimmung erschöpfend aufzufassen sei, daß Kohler von der anderen Ansicht sagen konnte: „Dies kann als längst beseitigt gelten, kein Patentschriftsteller wird darauf zurückkommen“. Hätte da der Gesetzgeber dem § 2 im neuen PatG. von 1891 nicht eine präzisere Fassung geben müssen, wenn er wirklich den entgegengesetzten Standpunkt betonen wollte? Hat er nicht vielmehr durch die unveränderte Fassung die herrschende Meinung, die ständige Praxis sanktioniert? Ich glaube infolgedessen, daß die Ansicht, § 2 führe nur Beispiele an, nicht aufrecht gehalten werden kann.

Als neuheitszerstörende Momente nennt das Gesetz Beschreibung in öffentlichen Druckschriften aus den letzten hundert Jahren und offenkundige Benutzung im Inlande. Ohne Einfluß auf die Neuheit ist also insbesondere die Behandlung der Erfindung in einem Vortrage oder die Benutzung im Auslande. Ueber die beiden im Gesetze angeführten Momente werde ich unten ausführlicher zu sprechen haben; hier möchte ich das den beiden Gemeinsame vorwegnehmen, nämlich, daß als maßgebender Zeitpunkt der Tag der auf

Grund dieses Gesetzes erfolgten Anmeldung in Betracht kommt und weiter, daß der Grad des Bekanntseins ein solcher sein muß, „daß danach die Benutzung durch andere Sachverständige möglich erscheint".

Als entscheidenden Zeitpunkt für die Beurteilung der Neuheit bestimmt das Gesetz die Zeit der Anmeldung. Eine Verschiebung tritt nur in zwei Ausnahmefällen ein, einmal dann, wenn der Anmelder auf Grund der Pariser Uebereinkunft vom 20. März 1883 Art. 4 ein Prioritätsrecht besitzt.[1]) Wenn nämlich in einem der Vertragsstaaten ein Patentgesuch eingebracht wird und innerhalb einer bestimmten Frist in dem anderen Staate das gleiche Patent angemeldet wird, so soll die Neuheit nach dem Zeitpunkte der ersten Anmeldung beurteilt werden. Weiter soll nach dem Gesetz vom 18. März 1904 (RGBl. 1904 S. 141) durch die Schaustellung oder Benutzung der Erfindung auf einer Ausstellung, welche durch Bekanntmachung des Reichskanzlers dieses zeitweiligen Schutzes teilhaftig erklärt wurde, die Neuheit nicht zerstört werden, wenn die Patentanmeldung binnen 6 Monaten nach dem Beginn der Ausstellung erfolgt.

Von diesen Ausnahmefällen abgesehen ist aber der Tag der Anmeldung beim PA. der entscheidende Zeitpunkt. Dazu führt das PA. in seiner Entsch. vom 29. Oktober 1885 (bei Gareis V 115 ff.) aus: „Der Tag, an welchem eine Anmeldung erfolgt, muß als eine Zeiteinheit und dasjenige, was an demselben Tage, wenn auch zu einer früheren Stunde geschehen ist, als mit der Anmeldung zeitlich zusammenfallend behandelt werden". Diese Ansicht, der die

[1]) Dieser Unionsvertrag, dem mit Wirksamkeit vom 1. Januar 1909 auch Oesterreich-Ungarn beigetreten ist, erstreckt sich jetzt fast auf alle Kulturstaaten. Das deutsche Reich trat ihm am 21. März 1903 mit Wirksamkeit vom 1. Mai 1903 bei (RGBl. 1903 S. 147).

herrschende Meinung zustimmt, ist nicht unbestritten.[1]) Gegen sie wird, zum mindesten de lege ferenda vielleicht nicht ganz mit Unrecht, geltend gemacht, daß ebenso wie die Priorität des § 3, auch die „Zeit der Anmeldung" des § 2 PatG. bei zwei Anmeldungen, welche zu verschiedenen Stunden einlaufen, naturgemäß verschieden ist. Der Standpunkt des PA. aber, daß der Tag als Zeiteinheit zu betrachten ist, wird durch die Methode veranlaßt, welche durch § 27 der Verordnung zur Ausführung des PatG. vom 11. Juli 1891 (RGBl. 1891 S. 349) bestimmt wird. Darnach sind sämtliche Geschäftssachen des PA. mit einer durch das ganze Kalenderjahr laufenden Geschäftsnummer und mit dem Datum zu bezeichnen, nicht aber, wie es für die Einläufe im Grundbuchamte vorgeschrieben ist, mit der nach Stunde und Minute genauen Zeitangabe. Diese Bestimmung legt de lege lata den Schluß nahe, daß der Tag des Einlaufs als eine Zeiteinheit zu betrachten sei und eine Beschreibung oder Benutzung am Tage der Anmeldung nicht mehr neuheitszerstörend wirke. Uebrigens wird namentlich die Benutzung, wenn sie erst kurz vor der Anmeldung erfolgte, jedenfalls dann nicht in Betracht kommen, wenn sie in der kurzen Zeit nicht so offenkundig werden konnte, daß die Benutzung durch andere Sachverständige möglich erscheint.

Zweifelhaft ist, welcher Moment als die „Zeit der Anmeldung" anzusehen ist, wenn die Anmeldung außerhalb der Geschäftsstunden des PA., etwa durch Einwurf in den Briefkasten des PA., zugeht. Wenn auch nur selten dieser Frage eine praktische Bedeutung zukommt, so ist sie doch schon manchmal zur Entscheidung gestanden und das PA. entscheidet unter Zustimmung der herrschenden Meinung,[2])

[1]) Kent S. 200; de lege ferenda auch Damme S. 165 f.

[2]) Allfeld S. 35; Seligsohn S. 56; Böhmer S. 139;

daß Schriftstücke, die im Laufe des Sonntags zugehen, zu beurteilen sind, als ob sie zu Beginn der Geschäftsstunden am Montag eingegangen wären. Diese Ansicht stützt sich besonders auf § 27 Abs. 2 der oben angeführten Verordnung zur Ausführung des PatG. (RGBl. 1891 S. 349), worin betreff des Präsentationsvermerks vorgeschrieben ist: „Geschäftssachen, welche während der Dienststunden eingehen, sind alsbald, andere Geschäftssachen bei dem Wiederbeginn der Dienststunden von dem dazu bestimmten Beamten hiernach zu bezeichnen". Wenn Kohler (Hdb. S. 277) und Isay (S. 104) dies lediglich für eine Kanzleivorschrift halten und von dieser prozessualen die zivilistische Anmeldung unterscheiden, die nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu beurteilen sei, so kann ich dem nicht zustimmen. Denn gerade die Festhaltung der Priorität des Anmelders und der Neuheit der Erfindung bezweckt die Vorschrift und äußert deshalb, wenn sie auch in erster Linie Kanzleivorschrift ist, auch materielle Wirkungen, ebenso wie die gesetzlichen Bestimmungen über den Präsentationsvermerk bei der Behandlung von Einläufen im Grundbuchamt.

Es ist schließlich noch die Frage zu beleuchten, was der Gesetzgeber in § 2 PatG. unter „der auf Grund dieses Gesetzes erfolgten Anmeldung" versteht, speziell welcher Zeitpunkt maßgebend ist, wenn nach § 21 Abs. 2 PatG. dem Patentsucher zur Beseitigung vorhandener Mängel der Anmeldung eine Frist gesetzt wird. Die Mot I (S. 32) führen aus: „Die Anmeldung ist im Sinne des Gesetzes erst dann erfolgt, wenn sie in allen Stücken den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Daher können im Falle des § 21 a. a. O.

Stenglein 4. Aufl. S. 121; Kaiser S. 88 und die bei Allfeld zitierten Entscheidungen; ebenso bezüglich anderer Behörden RGZiv. I S. 429; Entsch. d. ROHG. II S. 22.

erst mit dem Augenblicke, in welchem die Anmeldung gehörig ergänzt und berichtigt ist, die durch das Gesetz an die Anmeldung geknüpften Wirkungen eintreten."

Diese Auffassung der Motive hat nur wenige Anhänger gefunden[6]) und da Gesetzesmaterialien ja nicht die Kraft einer Legalinterpretation haben, sondern wie jede andere wissenschaftliche Arbeit nach ihrem Wert beurteilt werden können, habe ich kein Bedenken, mich im Gegensatz zu den Motiven der herrschenden Meinung anzuschließen, die einer Verfügung des PA. vom 17. Mai 1882 zustimmt, wonach „eine Erfindung als angemeldet im Sinne des Gesetzes zu gelten habe, sobald sie ihrem wesentlichen Inhalte nach mit dem Antrage auf Patentierung dergestalt zur Kenntnis des PA. gebracht sei, daß die Identität festgestellt werden könne". Und tatsächlich ist es ja der eigentliche Zweck des § 21 PatG., wonach bei mangelhafter Anmeldung das PA. dem Patentsucher eine Frist setzen soll, daß dadurch zur Beurteilung der Priorität und der Neuheit, der Zeitpunkt der ersten verbesserungsbedürftigen Anmeldung gewahrt werde; denn sonst würde ja eine selbständige neue Anmeldung die gleiche Wirkung haben. Dieser Argumentation gegenüber erscheint die angeführte Stelle der Motive nicht stichhaltig und so bin ich der Ansicht, daß im Falle einer Fristsetzung nach § 21 Abs. 2 bei fristgemäßer Ergänzung der ersten mangelhaften Anmeldung der Zeitpunkt dieser ersten Anmeldung auch für die Neuheit entscheidend ist.

Aber die Identität der Erfindung muß feststehen; liegt

---

[6]) Stenglein S. 118; Rosenthal S. 61 f.; RGStr. VII. S. 414; RSpr. V Nr. 13. A. M. die herrschende Lehre, speziell Allfeld S. 35; Seligsohn S. 55; Kohler: PatR. S. 82, Hdb. S. 281, Forsch. S. 91; Robolski S. 81; Kaiser S. 89; Stenglein 4. Aufl. S. 121 ist jetzt dieser Ansicht.

ein wesentlicher Mangel vor, der gemäß § 22 PatG. zur Zurückweisung der Anmeldung führen muß, so ist selbstverständlich eine eventuelle Neuanmeldung selbständig zu beurteilen. Denn es soll ja dem Patentsucher nicht die Möglichkeit gegeben werden, seine noch unfertige Erfindung wohlgeschützt zum Ziele zu führen, es soll nur verhindert werden, daß der Erfinder wegen Nichtbeobachtung geringfügiger Formalitäten die Frucht seiner Arbeit verliere.

Dieses Resultat erscheint vollkommen billig und findet auch im Rechtsleben mehr als ein Analogon. Denn abgesehen davon, daß im Bergrecht der meisten Staaten eine mangelhafte Mutung von Anfang an giltig ist, wenn sie innerhalb einer Frist ergänzt wird, bestimmte auch auf dem Gebiete des Erfinderrechts die bis zur Einführung des PatG. in Bayern maßgebende Gewerbeinstruktion vom 21. April 1862 in § 99 Abs. 3 (bayer. Regierungsblatt 1862 S. 814):

„Gesuche, welche entweder die im § 96 bezeichneten wesentlichen Bestandteile nicht enthalten oder denen eine Beschreibung nicht beiliegt, bleiben unberücksichtigt und begründen für den Bittsteller kein Prioritätsrecht.

Wird jedoch nur der Inhalt der beigefügten Beschreibung als mangelhaft erkannt, oder fehlt die Taxe oder der Stempelbetrag, so soll unbeschadet des Prioritätsrechtes des Bittstellers die Ergänzung unter Anberaumung eines angemessenen peremptorischen Termins angeordnet werden."

Eine weitere für die beiden neuheitszerstörenden Momente gemeinsam vorweg zu behandelnde Frage wird durch den Gesetzestext aufgeworfen: „Eine Erfindung gilt nicht als neu, wenn sie ꝛc. bereits derart beschrieben oder im Inlande bereits so offenkundig benutzt ist, daß danach die Benutzung durch andere Sachverständige möglich erscheint".

Dieser Passus wird beispielsweise bedeutungsvoll, wenn

die Bekanntgabe durch Beschreibung oder Benutzung so kurz vor der Zeit der Anmeldung erfolgt, daß bei der Kompliziertheit der Erfindung eine derartige Nachbenutzungsmöglichkeit nicht bestanden haben kann, etwa weil zum Verständnis umständliche Versuche notwendig waren, oder wenn eine Maschine zwar offenkundig benutzt wurde, ihre Eigentümlichkeiten aber aus dem Grunde nicht ersichtlich waren, weil sie zu schnell rotierte.

Allfeld (S. 51) hebt hervor: „Die Möglichkeit der Nachbenutzung durch andere Sachverständige kennzeichnet den Grad der Genauigkeit, mit welcher die Erfindung beschrieben sein muß, den Umfang dessen, was durch die offenkundige Benutzung bekannt geworden sein muß; nicht aber wird durch sie das Merkmal der Offenkundigkeit näher bestimmt".[1]) Es wird von einigen Seiten die Nachbenutzungsmöglichkeit als eine Eigenschaft der Oeffentlichkeit und Offenkundigkeit angesehen; das ist nicht richtig. Die Nachbenutzungsmöglichkeit ist vielmehr der Grad der Deutlichkeit, mit welcher die Erfindung durch Beschreibung oder Benutzung bekannt geworden sein muß. Die Oeffentlichkeit bezw. Offenkundigkeit ist nicht graduell bestimmbar; entweder ist eine Beschreibung öffentlich, eine Benutzung offenkundig oder nicht. Dagegen ist die Nachbenutzungsmöglichkeit eine Eigenschaft der Beschreibung und Benutzung. Daraus folgt dann auch, daß zwischen der Beschreibung oder Benutzung der Erfindung und der Möglichkeit der Nachbenutzung eine Kausalbeziehung bestehen muß, daß also die Nachbenutzung gerade durch das Beschreiben oder Benutzen möglich geworden sein muß. In diesem Sinne führt auch das PA. richtig aus (PMZBl. I S. 222): „Für den Zeugen war die Möglichkeit der Nach-

[1]) Ebenso Schanze: Unters. S. 118 ff.; vgl. die dort angeführten Zitate.

benutzung nicht eine Folge der Offenkundigkeit der Vorbenutzung, sondern vielmehr nur dadurch erzielt, daß er trotz der Heimlichkeit der Vorbenutzung sich Kenntnis von den Einrichtungen der Maschine verschaffte. Die auf diese Weise erlangte Fähigkeit der Nachahmung ist niemals patenthindernd. Patenthindernd ist nach dem Wortlaut des Gesetzes vielmehr nur diejenige Möglichkeit der Nachbenutzung, für welche die Offenkundigkeit der Vorbenutzung kausal ist."

Was sonst noch aus dem Gesetzestext von der Möglichkeit der Benutzung durch andere Sachverständige zu entnehmen ist, bietet wenig Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten. Die Nachbenutzungsmöglichkeit muß lediglich auf der Beschreibung oder Benutzung beruhen und nicht etwa noch eine Durchsicht der Zeichnungen oder eine Zerlegung der Maschine in seine einzelnen Teile voraussetzen.[1]) Die Nachbenutzung muß nur möglich, nicht tatsächlich erfolgt sein; es ist ja nicht einmal erforderlich, daß die Sachverständigen selbst die Druckschrift gelesen oder der Benutzung beigewohnt haben, sofern nur der öffentliche und zugängliche Charakter dieser Momente feststeht. Und endlich verlangt das Gesetz als Gradmesser die Nachbenutzungsmöglichkeit bei Sachverständigen, d. s. solchen Personen, die mit dem gleichen oder einem ähnlichen Industriezweig sich beschäftigen und von der Materie selbst genaue Kenntnis haben.

Alle diese Fragen bieten weniger Schwierigkeiten. Im folgenden werde ich mich nun mit den zwei neuheitszerstörenden Momenten beschäftigen und zwar zuerst von der Beschreibung in öffentlichen Druckschriften, sodann von der offenkundigen Benutzung handeln.

---

[1]) Ebenso das PA. bei Gareis III S. 23 u. a. Zustimmend Allfeld S. 53; Schanze: Unters. S. 134; anders RG. bei Gareis I S. 182; JW. 1887 S. 69.

§ 17. B. Beschreibung in öffentlichen Druckschriften.

Das erste neuheitszerstörende Moment ist die Beschreibung in öffentlichen Druckschriften aus den letzten hundert Jahren. Druckschriften sind nach § 2 des Preßgesetzes — und diese Legalinterpretation ist, wie allgemein angenommen wird, auch für das PatG. maßgebend — „alle Erzeugnisse der Buchdruckerpresse, sowie alle anderen durch mechanische oder chemische Mittel bewirkten, zur Verbreitung bestimmten Vervielfältigungen von Schriften und bildlichen Darstellungen mit oder ohne Schrift". Wenn also durch eine Zeichnung oder Photographie die Erfindung genügend kundgetan wird, so stehen solche bildliche Darstellungen der Schrift gleich.[1])

Während aber die meisten Schriftsteller hektographische Vervielfältigungen als Druckschriften im Sinne des Gesetzes ansehen, stellt Kohler[2]) diese den Erzeugnissen der Schreibmaschine gleich und hält beide nicht für genügend. Kohler meint: „Derartige Erzeugnisse haben nicht den nach der Oeffentlichkeit drängenden Zug, wie die Erzeugnisse der Presse; sie haben mehr einen individuellen, vertraulichen Charakter und sind jedenfalls viel unvollkommenere Mittel, eine Idee unter das Publikum zu bringen". Diese Argumentation ist m. E. nur für die Erzeugnisse der Schreibmaschine, nicht aber für die hektographischen richtig; denn wenn man die Vervollkommnungen der verschiedenen Arten des Hektographen berücksichtigt, muß man zu der Erkenntnis kommen, daß seine Produkte weit über den individuellen und

[1]) Allfeld S. 37; Robolski S. 28; Seligsohn S. 58; Isay S. 77 und die dort zitierten Entscheidungen.

[2]) Hdb. S. 183, neuerdings auch Kent S. 202.

vertraulichen Charakter hinausragen. Uebrigens wird ja der später zu erörternde Begriff der Oeffentlichkeit die eventuellen Härten korrigieren, die nach Kohlers Ansicht entstehen, wenn man hektographierte Berichte für Drucksachen hält.

Patentschriften sind natürlich Druckschriften; soweit also die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, was in Deutschland der Fall ist, wird durch sie eine nochmalige Patentierung auch dann ausgeschlossen, wenn das erste Patent erloschen oder vernichtet ist. Wie verhält es sich aber mit der nach § 23 PatG. vorgeschriebenen kurzen Notiz im Reichsanzeiger, die gleichzeitig mit der Auslegung der Anmeldung zum Zwecke des Aufgebots bei der Patentanmeldung erfolgt? Die Notiz im Reichsanzeiger, die zweifellos eine Druckschrift ist, gibt wegen ihrer knappen Form nur selten ein Bild von der Erfindung. Kohler ist nun der Ansicht,[1]) daß die in der Notiz zitierten und im PA. ausgelegten Beschreibungen und Zeichnungen ein Teil der Druckschrift seien, durch die die Neuheit zerstört werde, so daß, wenn die Anmeldung in diesem Stadium zurückgenommen oder zurückgewiesen wird, eine neue verbesserte Anmeldung für immer erfolglos sei. Die Auslegung erfolge ja, damit die Erfindung bekannt werde und ein Druckwerk sei stets in Verbindung mit dem Bekannten zu verstehen. Deshalb sei die in der Druckschrift zitierte Beschreibung ebenso ein Teil der Druckschrift, wie das geheime Billet, auf welches im mystischen Testamente verwiesen wird, als Teil des Testamentes gelte. Diese Ansicht wird allgemein bekämpft. Denn wenn auch eine Druckschrift stets in Verbindung mit dem notorisch Bekannten zu

[1]) Kohler: PatR. S. 39 f., Forsch. S. 83 ff., Hdb. S. 188. Gegen ihn die gesamte herrschende Meinung: Allfeld S. 41; Seligsohn S. 60; Robolski S. 29; Kent S. 212 f.; PA. bei Gareis I. 144 ff.; I. 151 ff.; Stenglein 4. Aufl. S. 122 u. a.

beurteilen ist, so ist zu bedenken, daß durch die Auslegung der Aktenstücke dieselben bei weitem noch nicht notorisch geworden sind, sondern daß nur die Möglichkeit zur Einsichtnahme gegeben ist; übrigens ist die Auslegung nur ein Glied des patentrechtlichen Aufgebotverfahrens, bezweckt aber keineswegs ein allgemein Bekanntwerden der Erfindung, wie denn auch die Weiterveröffentlichung strafbarer Nachdruck ist. Ueberdies spricht sowohl der Wortlaut wie die Tendenz des § 2 dafür, daß die Beschreibung in der leicht zugänglichen Druckschrift erfolgt sein muß. Das Analogon des mystischen Testaments würde natürlich nichts beweisen; übrigens bin ich der Ansicht, daß ein im Testament erwähntes Billet nur als Teil des Testaments gilt, wenn es in der vom Gesetz verlangten Form, also in eigenhändiger Niederschrift, vorliegt. Und ebenso ist nach meiner Ansicht ein in einer Druckschrift zitiertes Dokument, speziell die ausgelegte Beschreibung oder Zeichnung der Erfindung nur dann gleichwertiger Bestandteil mit neuheitszerstörender Wirkung, wenn es selbst eine Druckschrift ist.

Gleichgiltig ist, in welcher Sprache die Druckschrift abgefaßt ist, solange nur eine lebende oder tote Kultursprache, nicht etwa eine Geheimsprache vorliegt. De lege lata stimme ich Kohler nicht bei, wenn er neuerdings[1]) die nichteuropäischen Sprachen, also auch die japanische und chinesische, einer Geheimsprache gleichstellt. Wenn auch nicht zu leugnen ist, daß eine derartige Einschränkung mit Rücksicht auf die große Erfindungsgabe der Ostasiaten von erheblicher praktischer Bedeutung ist, und wenn weiter auch zuzugeben ist, daß eine Beschränkung auf europäische Sprachen de lege ferenda

[1]) Kohler: Hdb. S. 182. A. M. PatR. S. 38 und die herrschende Meinung: Robolski S. 29; Schanze: ErfuMust. S 405; Allfeld S. 37 f.; Kaiser S. 83; Kent S. 203, 216.

wünschenswert wäre, so ist doch aus dem Gesetze in keiner Weise eine derartige Interpretation zu begründen, zumal da ja auch gleichgiltig ist, wo die Druckschrift erschienen ist.

Das PatG. vom Jahre 1891 bezeichnet im Gegensatz zu seinem Vorgänger nur die Drucksachen aus den letzten 100 Jahren als neuheitszerstörend, wobei natürlich die Zeit des Erscheinens, nicht die der Verbreitung maßgebend ist. Diese Bestimmung, welche durch die Reichstagskommission dem Gesetze beigefügt wurde[1]), soll verhindern, daß eine Erfindung deshalb des Schutzes beraubt werde, weil sie in einer alten, kaum bekannten Druckschrift beschrieben ist. Auf dem vom deutschen Verein für den Schutz des gewerblichen Eigentums einberufenen Kongreß zu Köln vom Jahre 1901 wurde es von der Mehrheit für wünschenswert erklärt, daß in § 2 die Beschränkung „aus den letzten 100 Jahren" gestrichen werde. Diesen Wunsch kann ich nicht unterschreiben, halte vielmehr sogar die Herabsetzung der Grenze auf 50 oder 60 Jahre für erwägenswert. Im übrigen bietet dieser mehr auf das tatsächliche Gebiet spielende Passus keine rechtlichen Schwierigkeiten.

Wir haben gesehen, was unter Druckschrift zu verstehen ist; im folgenden wird die Voraussetzung der Oeffentlichkeit zu betrachten sein; denn nur die Beschreibung in öffentlichen Druckschriften zerstört die Neuheit der Erfindung.

Eine öffentliche Druckschrift ist nach dem Wortlaut der

---

[1]) Bei der ersten Lesung war nur eine Zeit von 50 Jahren bestimmt worden; diese wurde in der zweiten Lesung auf 100 Jahre erweitert, um nicht bereits damals die Ergebnisse der wichtigen Erfindungsperiode in der Mitte des 19. Jahrhunderts zum Gegenstande neuer Patente zuzulassen (Druckf. d. Reichstags 1890/91 Nr. 322 S. 4).

Ueber die Vorgeschichte dieser Bestimmung vgl. Schanze: ErfuMust. S. 390 ff.

Mot I (S. 18) eine „solche, welche nach der Absicht des Verfassers dem gesamten Publikum zugänglich gemacht, also nicht, wie beispielsweise die nur als Manuskript gedruckten Schriften, einem beschränkten Kreise von Personen vorbehalten bleiben sollen". Demgegenüber betont die gesamte Theorie und Praxis, daß bei der Beurteilung der Oeffentlichkeit einer Druckschrift nicht die Absicht des Verfassers, nicht der Vermerk „als Manuskript gedruckt" entscheidet, sondern daß die Grenze zwischen öffentlichen und nichtöffentlichen Druckschriften nach der tatsächlichen Verbreitung zu ziehen ist. So wenig kommt die Absicht des Verfassers entscheidend in Betracht, daß sogar eine rechtswidrige Verbreitung die patentrechtliche Oeffentlichkeit herbeiführen kann. Die Feststellung muß also der Beurteilung im einzelnen Falle überlassen bleiben. Hier ist es nur möglich, auf einzelne Gesichtspunkte hinzuweisen.

Eine Druckschrift ist namentlich dann öffentlich, wenn sie im Buchhandel oder in Tageszeitungen erschienen oder in öffentlichen Bibliotheken ausgelegt ist. Wo es sich aber um die Versendung von Zirkularen, Katalogen ꝛc. handelt, werden die näheren Umstände ergeben, ob sich die Versendung als eine Bekanntgabe an die Allgemeinheit oder an einen bestimmten, beschränkten Personenkreis darstellt.

So nimmt das RG(Str. 21 S. 256) an, daß auch bei Vereinen ein solcher innerer Zusammenschluß nicht immer begründet ist; darnach werden Fachvereine, die nach Art, Zweck und Organisation meist eine weite und unbestimmte Ausdehnung haben, die notwendige Abgeschlossenheit nicht garantieren, so daß eine Versendung von Druckschriften an ihre Mitglieder die erforderliche Oeffentlichkeit mit sich bringt. Mit Recht wird wohl auch wiederholt darin, daß eine Firma

eine größere Anzahl Kataloge an alle Kunden und Interessenten verschickt, das Moment der Oeffentlichkeit erblickt.[1])

In jedem Falle aber wird gesondert zu prüfen sein, ob die näheren Umstände die Versendung solcher Druckschriften als Kundgebung an einen internen, innerlich verbundenen Kreis oder als Bekanntgabe an die Allgemeinheit erscheinen lassen; nur in letzterem Falle liegt eine öffentliche Druckschrift vor.

Ein Wort noch über die im Auslande erschienenen Druckschriften. Im allgemeinen stehen die ausländischen Druckschriften im Gegensatz zu dem später zu betrachtenden zweiten neuheitszerstörenden Moment den inländischen gleich. Trotzdem hält eine Entsch. des PA. (Gareis III. S. 150) die Auslegung einer solchen Druckschrift in einer ausländischen Bibliothek nicht für neuheitszerstörend, weil in diesem Falle die durch das Gesetz fingierte leichte Verbreitung jeglicher Druckschrift im Inlande ausgeschlossen erscheint. Diese viel kritisierte[2]) Entscheidung halte ich nicht für richtig. Das PA. hat auch mit Recht wiederholt amerikanische Druckschriften, die so kurz vor der Anmeldung erschienen, daß sie in der Zwischenzeit unmöglich auf postalischem Wege übersendet sein konnten, den inländischen gleichgestellt, obwohl doch auch hier die durch das Gesetz fingierte leichte Verbreitung der Druckschrift im Inlande ausgeschlossen war. Der Wortlaut des Gesetzes ist eben zu klar und eindeutig, als daß eine solche Utilitätsinterpretation möglich wäre. Mit den ausländischen Patentschriften speziell beschäftigt sich der Abs. 2 des § 2 und bestimmt für sie eine dreimonatliche Sperrfrist. Dadurch soll verhindert werden, daß bei gleich-

[1]) RG. in JW. 1899 S. 542; Seuffert Arch. Bd. 55 S. 204; bei Gareis III S. 99 u. a.

[2]) Allfeld S. 40; Rosenthal S. 62; Seligsohn S. 59.

zeitigen Patentgesuchen im In- und Auslande die früher ausgegebene ausländische Patentschrift die Neuheit für inländische Anmeldung vernichtet, ebenso wie § 23 Abs. 4 diesen Schutz für den umgekehrten Fall sichert. Diese Schutzfrist gilt aber nur für amtliche Patentbeschreibungen, ferner nur zugunsten des ausländischen Anmelders und seines Rechtsnachfolgers und schließlich nur für diejenigen Staaten, in welchen Gegenseitigkeit verbürgt ist. Ein derartiger Vertrag besteht aber mit keinem ausländischen Staate und wird wohl auch niemals zustande kommen, da der Unionsvertrag, dem die meisten Kulturstaaten beigetreten sind, und die ihn ergänzenden Sonderabkommen[1]) weitergehende Vorschriften über die Wahrung der Priorität enthalten. Die Bestimmung des § 2 Abs. 2 ist infolgedessen nicht aktuell.

§ 18. C. Offenkundige Benutzung im Inlande.

Das zweite Moment, dem der § 2 die Wirkung beilegt, die Neuheit der Erfindung zu vernichten, ist die vor der Anmeldung erfolgte offenkundige Benutzung im Inlande, vorausgesetzt, daß die dadurch bewirkte Bekanntgabe derart ist, daß danach die Benutzung durch andere Sachverständige möglich erscheint.

In erster Linie ist deshalb zu untersuchen, was unter Benutzung zu verstehen ist. Das Wort Benutzung findet sich an verschiedenen Stellen des PatG. (§§ 2, 5, 11, 20, 35, 36).

---

[1]) Pariser Uebereinkunft Art. 4 (Allfeld S. 705), der jetzt auch Oesterreich-Ungarn beigetreten ist. (Uebereinkommen zwischen dem Deutschen Reich und Oesterreich-Ungarn vom 17. XI. 1908 in RGbl. 1908 S. 654), wodurch das frühere Sonderabkommen vom 6. XII. 1891 abgelöst wurde.

Seligsohn (S. 61) ist nun der Ansicht, daß an allen diesen Stellen das Wort Benutzung dieselbe Bedeutung hat und zwar die Bedeutung, die ihm der § 4 gibt, auf den ja auch § 35 verweist, wonach unter Benutzung die vier Handlungen: Herstellen, Inverkehrbringen, Feilhalten und Gebrauchen zu verstehen sind. (Ebenso Isay S. 80.)

Im Gegensatz hierzu steht die herrschende Meinung, wie ich glaube, mit Recht auf dem Standpunkte, daß neben diesem Begriffe der Benutzung noch ein engerer, im Sinne von technischem Benutzen im Patentrecht Bedeutung erlangt, ein Begriff, der zwar gleichfalls Herstellen und Gebrauchen, nicht aber Feilhalten und Inverkehrbringen umfaßt. Da die Gesetzgebung nicht immer eine durchaus präzise Terminologie aufweist, könnte das Wort „Benutzen" in demselben Gesetze verschieden gebraucht sein und ein Blick auf § 2 PatG. zeigt, daß das Wort tatsächlich in verschiedenen Bedeutungen vorkommt, wie Allfeld (S. 42 f.) treffend nachweist. Denn wenn der Gesetzgeber in § 2 (und ebenso in § 20) verlangt, daß die „Benutzung durch Sachverständige möglich erscheint", so kann er damit nur technisches Benutzen gemeint haben. Denn sonst würde § 2 zu dem widersinnigen Resultat führen, daß eine Erfindung nicht als neu gilt, wenn sie so offenkundig in Verkehr gebracht wurde, daß darnach ein Inverkehrbringen durch andere Sachverständige möglich ist. Da alles, was in Verkehr gebracht ist, auch weiter in Verkehr gebracht werden kann, wäre die Bestimmung überflüssig und widersinnig und es wird auch tatsächlich allgemein angenommen, daß bei der „Benutzung durch andere Sachverständige" nur an ein technisches Benutzen gedacht werden kann. Damit ist bewiesen, daß das PatG. tatsächlich mehrere Bedeutungen von „Benutzung" kennt und es ist zu prüfen, welche Bedeutung in § 2 gemeint ist, eine Frage, welche wegen der

Fülle der darüber aufgestellten Ansichten[1]) Schwierigkeiten macht. Die große Masse verschiedener Meinungen läßt sich insoferne übersichtlicher gestalten, als man drei Gruppen unterscheiden kann, je nach der weiteren und engeren Auffassung des Wortes „Benutzen".

Einzelne Schriftsteller fassen den Begriff Benutzung ganz weit und verstehen darunter jede Art des Gebrauchmachens oder der Verwendung, sodaß nicht nur ein Vortrag oder die Herstellung eines Versuchsmodells darunter fällt, sondern auch das bereits vorweg behandelte Beschreiben.[2]) Will man dem § 2 die Intention unterschieben, daß die Neuheit durch jegliche Art des Bekanntwerdens vernichtet wird, dann stelle man sich konsequent auf die Seite derer, welche den § exemplikativ auffassen und jedes Bekanntwerden als patenthindernd ansehen. Wenn Böhmer (S. 113) meint, daß das Beschreiben nur eine Unterart des Benützens sei und nur deshalb im Gesetz hervorgehoben wurde, um klarzustellen, daß auch die im Auslande erfolgte Veröffentlichung die Neuheit zerstöre, so steht diese Ansicht in direktem Gegensatz zu dem Wortlaut des Gesetzes. Denn die von Böhmer unterschobene Ansicht hätte der Gesetzgeber durch andere Ausdrucksweise erreicht und hätte nicht beschreiben und benützen einander gegenüber gestellt. Im übrigen scheint mir diese weite Interpretation aus den gleichen Gründen unhaltbar zu sein, welche schon gegen die exemplikative Natur des § 2 sprachen.

---

[1]) Vgl. die verschiedenen Meinungen in Literatur und Rechtsprechung bei Allfeld S. 44.

[2]) Diese Ansicht vertritt Böhmer S. 103 ff.; ebenso Rosenthal S. 66; Stenglein S. 120; Schrey in Zeitschr. f. gew. Rschutz I S. 299; auch einzelne Entscheidungen stehen auf diesem Standpunkt z. B. PBl. 1881 S. 90; Gareis IX S. 213; JW. 1903 S. 248 Nr. 32.

Nach einer engeren Auffassung hat Benutzen hier die gleiche Bedeutung wie im § 4 PatG. Das steht natürlich mit dem oben Ausgeführten nicht in Widerspruch. Denn wenn auch oben nachgewiesen ist, daß das Wort Benutzen nicht in allen Bestimmungen des PatG. die gleiche Bedeutung hat, so wäre es doch möglich und wird von der herrschenden Meinung angenommen, daß Zweck und Sinn des § 2 darauf hinweisen, daß auch hier unter Benutzung als neuheitszerstörendes Moment der Begriff des § 4 gemeint ist, wonach darunter „Herstellen des Gegenstandes, Inverkehrbringen, Feilhalten und Gebrauchen" zu verstehen ist.[1])

Wieder andere verstehen unter Benutzen nur das technische Benutzen, die wirkliche Durchführung der Erfindung, so daß danach von den oben aufgezählten vier Begriffen das Feilhalten und Inverkehrbringen nicht in Betracht kommt.[2])

Ueber diese beiden verschiedenen Ansichten ist ausführlicher zu reden.

Wenn man das Wort Benutzen im engsten Sinne als technisches benutzen auffaßt, so versteht man darunter bei Verfahrenserfindungen nur die Anwendung des Verfahrens, bei Erzeugniserfindungen nur die Herstellung und den Gebrauch des Produktes. (Kohler will bei Erzeugniser-

---

[1]) So vor allem Schanze: Unters. S. 14; Robolski S. 33; Schmid S. 133 ff.; Dambach S. 170; Seligsohn S. 61; Isay S. 80; Kent S. 227; Osterrieth S. 75; ebenso auch die meisten Entscheidungen des PA. wie des RG.: PMZBl. I S. 93, I S. 230; bei Gareis II S. 158, IV S. 69, IX S. 200, S. 371; JW. 1896 S. 110 Nr. 46; 1892 S. 302 Nr. 11 u. a.

[2]) Dieser Ansicht vor allem Allfeld S. 42 ff.; Kohler: Hdb. S. 189 ff., Forsch. S. 73 ff.; in Iherings Jahrb. Bd. 26 S. 435 ff.; in Grünhut's Zeitschr. Bd. 25 S. 224; Kaiser S. 84; PA. bei Gareis I S. 191, IX S. 210; RG. bei Gareis I S. 45 u. a.

findungen überhaupt nur das Gebrauchen gelten lassen.) Jedenfalls aber gilt nach dieser Ansicht die Verwendung des Erzeugnisses nicht als ein Benutzen der Erfindung und es kommt das Feilhalten und Inverkehrbringen als neuheitszerstörendes Moment nicht in Betracht. Allfeld stützt seine Ansicht darauf, daß doch „Benutzung" in dem Nachsatz des § 2, „daß darnach die Benutzung durch andere Sachverständige möglich erscheint" nur als technisches Benutzen Sinn hat und daß das Wort in einem § nur in der gleichen Bedeutung gemeint sein kann. Ferner wird für diese Ansicht angeführt, daß nur das technische Benutzen die Erfindung kundbar machen kann, während der Gegenstand der Erfindung durch Feilhalten oder Verkaufen, bei Verfahrenserfindungen auch nicht durch den Gebrauch des mittels des Verfahrens hergestellten Produktes zu ersehen ist.

Diesen Gründen kann ich nicht beipflichten. Einerseits halte ich es nicht für einen grammatikalischen Interpretationsfehler, ein Wort auch innerhalb derselben Gesetzesstelle in verschiedener Bedeutung auszulegen, wenn diese Verschiedenheit innerlich begründet ist. In unserem Falle spricht nun das Gesetz in dem Nachsatz von der Benutzungsmöglichkeit durch Sachverständige und spricht durch diese Zusammenstellung die Beschränkung auf technisches Benutzen aus. Wenn dagegen allgemein von Benutzen die Rede ist, so besteht kein Anlaß, für diesen Begriff die Einschränkung zu machen, die für die „Benutzung durch Sachverständige" sinnentsprechend ist. Weiter erscheint mir aber auch der innere Grund, daß nur durch das technische Benutzen eine Erfindung kundbar gemacht werden kann, nicht stichhaltig. Ebenso wie aus dem Herstellungsprozeß häufig die Eigenart des Produktes hervorgeht, läßt sich besonders bei einfachen Erfindungen mitunter aus dem fertigen Produkt, das verkauft oder gebraucht wird,

das Verfahren erkennen. Ich erinnere an das oben erwähnte Beispiel von der Fußbank für Nähmaschinen, welche durch eine einfache Vorrichtung in Gebrauchs- oder Ruhestellung gebracht werden kann. Warum sollte hier durch das fertige Produkt nicht die Erfindungsidee kundlich werden? Wenn auch das technische Benutzen in der Regel ein geeigneteres Mittel ist, die Erfindung kundbar zu machen, so ist doch mitunter, namentlich bei einfachen Hausgeräten und Werkzeugen die Möglichkeit vorhanden, daß auch durch das Inverkehrbringen oder Feilhalten das Wesen der Erfindung kundbar wird. Denn sonst wäre ja das Ganze ein müßiger Streit; und daß er das nicht ist, beweisen die vielen Entscheidungen, in denen vom Standpunkt der weiteren Auffassung aus Erfindungen auch durch die nicht technischen Arten der Benutzung genügend kundbar wurden. Es ist eben die Frage, ob prinzipiell eine Benutzung vorliegt und die Frage, ob dadurch die Nachbenutzung durch Sachverständige ermöglicht wird, auseinanderzuhalten.

Kohler meint: „Wer eine Uhr, die nicht geht, wer ein geschlossenes Klavier kauft, ohne es zu spielen oder zu hören, weiß von ihren Eigenschaften und Funktionsweisen nichts." Das sind aber doch nur Beispiele dafür, daß vielfach ein Kauf ohne Erprobung nicht genügt; es lassen sich ebensogut Beispiele anführen, in denen das Produkt allein das Wesen der Erfindung kundbar macht.

Kohler selbst kommt ja mit seiner Ansicht ins Gedränge, wenn es sich um diskrete Gegenstände handelt, welche gewöhnlich nur im geheimen gebraucht werden z. B. ein Korsett oder ein hygienisches Kleidungsstück. Hier kommt natürlich auch Kohler nicht mit der kundbarmachenden Art des Gebrauches aus und erklärt für diese Fälle die Offenkundigkeit

des Verkaufes für entscheidend.[1]) Das beweist deutlich, daß diese Art des Benutzens sehr wohl in Betracht kommen kann.

Noch ein Umstand scheint mir gegen die Beschränkung des Begriffes auf das technische Benutzen zu sprechen. Eine Erfindung im technischen Sinne benutzen heißt sie zur Ausführung bringen. Diesen Ausdruck würde der Gesetzgeber in § 2 ebenso gewählt haben, wie er es in § 11 PatG. getan hat. Dort spricht das Gesetz in Ziff. 1 von „zur Ausführung bringen" und in Ziff. 2 von „Benutzung" der Erfindung. Darnach erscheint es mir nicht zweifelhaft, daß das Wort Benutzung auch in § 2 des Gesetzes eine weitere Bedeutung hat und die vier Momente „Herstellen, Inverkehrbringen, Feilhalten und Gebrauchen" umfaßt.

Und das so erreichte Resultat scheint mir auch befriedigend zu sein. In den meisten Fällen ist die verschiedene Auffassung ja ohne Bedeutung, denn regelmäßig werden bei Erzeugniserfindungen die Gegenstände entweder offen verkauft und offen gebraucht oder in jeder Beziehung geheim gehalten; und bei Verfahrenserfindungen wird sich nur selten aus dem Produkt das Verfahren genügend erkennen lassen. Relevant wird die Frage wohl hauptsächlich in den Fällen, in welchen die Produkte im Auslande hergestellt und im Inlande verkauft werden, da ja nur die Benutzung im Inlande die Neuheit zerstört. Und da hieße es m. E. die Patenträuberei begünstigen, wollte man eine solche Erfindung auch weiter als neu anerkennen.

Wenn ich auch den allgemeinen Rahmen des Benutzungsbegriffes weiter fasse als Allfeld, so stimme ich ihm doch in Einzelheiten zu. Ich sehe entgegen der Auffassung des RG. (bei Gareis IX. 213) in der Herstellung der erforderlichen

[1]) Vgl. die etwas gepreßten Ausführungen in Grünhut's Zeitschr. Bd. 25 S. 232 und Forsch. S. 77.

Maschinen keine Benutzung des Verfahrens. Denn in diesem Falle wird ja die Erfindung noch nicht benutzt, ihre Benutzung wird nur vorbereitet. Ueberhaupt muß die Erfindung vollendet sein, wenn man von Benutzung sprechen will. In diesem Sinne ist es auch zu verstehen, wenn bloßen Versuchen eine neuheitszerstörende Wirkung allgemein nicht beigelegt wird. Wenn Seligsohn (S. 63) zwischen den Versuchen vor Abschluß der Erfindung und den Versuchen mit der fertigen Erfindung unterscheidet und nur die ersteren für unschädlich hält, so scheint mir das dem Sinne nach mit den anderen Ansichten zusammenzutreffen. Denn wenn man die Versuche für unschädlich erklärt, weil sonst „überhaupt keine vollständig durchgeführten Erfindungen, sondern nur unerprobte Projekte zur Patentierung gelangen könnten" (PA. bei Gareis I 191 f.), so sind damit ja auch nur die Versuche an der unfertigen Erfindung gemeint.[1])

Ein Wort noch über Ausstellungen. Während nach dem österreichischen PatG. (§ 3 Ziff. 2) die Schaustellung im Inlande als ein Moment angeführt wird, das immer die Neuheit zerstört, wird sich nach dem deutschen Gesetze, das Ausstellungen nicht besonders hervorhebt, die Frage verschieden beantworten, je nachdem man das Wort Benutzen enger oder weiter faßt. Wer mit Kohler nur das technische Benutzen als maßgebend erachtet, kann auch Ausstellungen nur unter diesem Gesichtspunkte in Betracht ziehen; wenn man dagegen der oben verfochtenen weiteren Auffassung beitritt, so wird man auch, ohne daß ein Gebrauch erfolgt ist,

[1]) Vgl. Allfeld S. 46; auch Kent S. 236 unterscheidet zwischen Versuchen vor und nach Fertigstellung der Erfindung. Ebenso Isay S. 79 f., der wohl mit Recht die Ansicht des Benutzenden, ob er die Erfindung als vollendet erachtet oder nicht, entscheiden läßt. Vgl. auch die Literaturangabe bei Schanze: Unters. S. 48 ff.

eine Ausstellung mit dem RG. (bei Gareis I S. 166 ff.; III 167) grundsätzlich als Benutzung ansehen müssen, wenn, wie es gewöhnlich der Fall ist, ein Feilhalten oder Inverkehrbringen damit verbunden ist. Daß nach dem Gesetz vom 18. März 1904 durch Verordnung des Reichskanzlers einzelnen Ausstellungen diese neuheitszerstörende Wirkung genommen werden kann, wurde oben (§ 17) schon erwähnt.

Noch nach einer weiteren Seite hin ist der Begriff „Benutzen" abzugrenzen; denn eine Benutzung liegt nicht vor bei der Funktion im Leerlauf oder mit fiktiven Materialien. Kohler (Hdb. S. 191) sagt drastisch: „Eine Mähmaschine wird nicht benutzt, wenn man ihr Papierschnitzel zum Schneiden gibt, eine Guillotine nicht, wenn man damit Rüben zerteilt". Während aber Kohler das damit begründet, daß sich im Leerlauf das Wesen der Erfindung niemals erkennen lasse, halte ich mit Schanze (Unters. S. 18) diesen Grund für unzutreffend, sehe vielmehr prinzipiell nur in dem bestimmungsgemäßen, adäquaten Gebrauch eine Benutzung der Erfindung. Denn die Tätigkeit einer Guillotine wird sich wohl auch bei fiktivem Material erkennen lassen müssen; dagegen will § 2 PatG. neben der Beschreibung nur den bestimmungsgemäßen Gebrauch, id est Benutzung als neuheitszerstörend hervorheben. Ueber das Resultat, daß nur der adäquate Gebrauch neuheitszerstörend wirkt, herrscht so ziemlich Uebereinstimmung. Während aber die meisten Schriftsteller den Zweck der Benutzung für gleichgiltig erklären,[1]) legt Schanze den Schwer-

[1]) Allfeld S. 45; Kohler: Forsch. S. 73; Kent S. 229; Kaiser S. 85; Osterrieth S. 75; ebenso hat das RG. (bei Bolze XX. Nr. 121) die Vorführung und Erläuterung eines Apparats im Kreise von Fachgenossen für offenkundige Benutzung erklärt. A. M. Schanze: Unters. S. 16 ff. Zweifelhaft Isay S. 80, der den Zweck für gleichgiltig erklärt, aber dann trotzdem in einer Vorführung zum Zwecke der Belehrung keine Erfindung sieht.

punkt darauf, ob die Benutzung zum Zwecke der Belehrung oder um des praktischen Erfolges willen stattgefunden habe; nur im letzteren Falle wirke sie neuheitszerstörend. Dem stimme ich nicht bei; denn es ist nicht zu ersehen, warum eine offenkundige Vorführung zum Zwecke der Belehrung, die sich eventuell doch gar nicht von der gewerblichen Benutzung unterscheidet, die Neuheit weniger zerstören soll, als die Benutzung um des Erfolges willen. Oder soll es darauf ankommen, ob das Produkt der Benutzung verwendet oder vernichtet wird? nimmermehr. Wenn eine Benutzung der fertigen Erfindung vorliegt, ist der Zweck gleichgiltig.

Nicht weniger heiß als um das Wort Benutzen ist der Streit über das hiermit zusammenhängende Moment der Offenkundigkeit entbrannt. Doch lassen sich hier zwei Meinungen unterscheiden. Auf der einen Seite faßt Böhmer das Wort „offenkundig" entsprechend der Anwendung in § 291 CPO. in passiver Bedeutung auf; nach ihm heißt offenkundig soviel wie allgemein bekannt und kennzeichnet nicht den Vorgang des Benutzens, sondern den Zustand des Benutztseins. Schanze dagegen, und mit ihm die herrschende Ansicht, gibt dem Worte im Gegensatze zu der zit. Stelle der CPO. aktive Bedeutung im Sinne von offen Kunde gebend und bezeichnet damit die Art der Benutzung.[1]) Der praktische Unterschied dieser beiden Ansichten ist in der Hauptsache folgender: Wenn man mit Böhmer das Wort offenkundig im Sinne von all-

[1]) Für die erste Ansicht Böhmer S. 2 ff., speziell S. 11, 141, wohl auch Osterrieth S. 75 Anm. 2. Ebenso PA. bei Gareis II 241, eine Entscheidung, die vom RG. nicht aufrecht erhalten wurde. A. M. die überwiegende Ansicht in Theorie und Praxis, vor allem Schanze: Unterf. S. 72 ff.; Allfeld S. 47; Schmid S. 132; Isay S. 83; Kohler: Hdb. S. 190, der stets von kundbarmachender Benutzung spricht; RG. in PBl. 1881 S. 225 ff.; bei Gareis IX S. 194 ff., X 105 ff.; JW. 1892 S. 302 Nr. 11 u. a.

gemein bekannt auffaßt, wird man die Möglichkeit der Kenntnisnahme nicht für genügend erachten, sondern wird verlangen müssen, daß tatsächlich die Benutzung und durch sie die Erfindung zur allgemeinen Kenntnis gelangt ist; wenn man dagegen mit Schanze in dem Worte eine Charakterisierung des Benutzungsvorgangs sieht, so wird die tatsächliche Kenntnis nicht in Frage kommen, sondern es wird sich nur um die Modalitäten der Benutzung, um die Möglichkeit der Kenntnisnahme handeln, gleichgiltig, ob diese Möglichkeit ausgenützt wurde oder nicht. Wenn z. B. in einer Fabrik jeder Sachverständige Zutritt hat und von einer in Betrieb befindlichen Maschine Kenntnis nehmen kann, so wird nach der ersten Ansicht diese Maschine nur dann offenkundig benutzt sein, wenn die Sachverständigen wirklich Kenntnis genommen haben, nach der zweiten Ansicht aber auch, wenn sie aus irgend welchen Gründen achtlos daran vorübergegangen sind.

Der Sprachgebrauch und die Analogie des § 291 CPO. würden zunächst für Böhmers Ansicht sprechen, allein innere Gründe sprechen überzeugend dagegen. Der § 2 spricht die Neuheit den Erfindungen ab, welche in öffentlichen Druckschriften beschrieben sind, begnügt sich also in diesem Falle mit der Möglichkeit der Kenntnisnahme. Daraus ist analog der Schluß zu ziehen, daß auch bei dem zweiten Moment der offenkundigen Benutzung das objektive Kriterium maßgebend ist, ohne Rücksicht darauf, ob die Erfindung, welche vor aller Augen sich abspielte, tatsächlich erkannt wurde, wenn die Kenntnisnahme nur möglich war. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme entspricht der vom Gesetz geforderten Möglichkeit der Nachbenutzung durch Sachverständige und sie ist aus dem Worte „offenkundig“ zu lesen. Und tatsächlich gewährt dieser Standpunkt allein die nötige Sicher-

heit. „Die Wirklichkeit der Erkenntnis ist so zufälliger Natur und kann, sobald die Veröffentlichung erfolgt ist, so leicht tagtäglich nachfolgen, daß die Rechtsordnung gut daran tut, keine wirkliche Kenntnisnahme zu verlangen." (Kohler: Hdb. S. 196.) Wie sollte ein Zeuge selbst beim besten Willen oft erst nach langer Zeit, z. B. im Nichtigkeitsprozeß, angeben können, wann er Kenntnis von der Erfindung erlangt hat, wo doch in der Zwischenzeit die stets fortschreitende Technik längst neue Erscheinungen gebracht, wo das inzwischen veröffentlichte Patent die früheren Eindrücke verwischt hat. Nur durch objektive Kriterien läßt sich die Offenkundigkeit feststellen, durch Umstände tatsächlicher Natur, wie sie später noch näher zu erörtern sein werden. Damit steht es nicht im Widerspruch, wenn das PA. eine Maschine, die erst kurze Zeit vor der Anmeldung, selbst in einem nicht sorgfältig abgeschlossenen Raum, aufgestellt wurde, als geheim ansieht (PMZBl. II S. 97). Denn ebenso wie das RG. (Str. I S. 202) für den Begriff der Oeffentlichkeit nach § 183 StGB. die konkrete Möglichkeit, an den Tatort zu kommen, verlangt, handelt es sich auch bei der Offenkundigkeit, wie Schanze (Unters. S. 81 ff.) richtig betont, nicht um die abstrakte, sondern um die konkrete Möglichkeit der Kenntnisnahme.

Ob nun die Benutzung offenkundig erfolgt ist, ist immer eine von Fall zu Fall zu lösende Tatfrage. Hier können nur einzelne Gesichtspunkte hervorgehoben werden. Kohler (Forsch. S. 75) nennt diejenige Benutzung offenkundig, welche den Kreis verläßt, „welchen ein Etablissement als die ihm zukommende Sphäre der individuellen Tätigkeit zu betrachten hat" und meint damit dasselbe, was von anderen mit der Forderung der Wahrnehmbarkeit für unbestimmte Personen verlangt wird. Gerade darin liegt ja der Unterschied zwischen

den Begriffen „öffentlich“ und „offenkundig“. Während etwas nur dann öffentlich ist, wenn es für unbestimmte und unbegrenzte Personen zugänglich ist, kann es schon offenkundig sein, auch wenn die Zahl begrenzt ist, nur müssen es unbestimmte Personen sein, d. h. Personen, denen der Zutritt ohne Rücksicht auf ihr persönliches Verhältnis gestattet ist.

Ein solches persönliches Verhältnis kann nun entweder ein dauerndes sein, z. B. Arbeitsverhältnis, oder ein vorübergehendes, z. B. Reparatur. Ob aber Dritte zu diesen Vertrauenspersonen gehören, deren Kenntnisnahme der Neuheit nicht schadet, wird sich aus den verschiedensten Anzeichen ergeben. Ein, wenn auch nicht unbedingtes, Kriterium ist jedenfalls die Auferlegung der Geheimhaltungspflicht, sei es ausdrückliche oder stillschweigende, doch muß die stillschweigend übernommene Geheimhaltungspflicht, die sich bei Angestellten, den natürlichen Gehilfen des Erfinders, oft aus dem Arbeitsverhältnis, der Art des Betriebes oder dem Vorliegen einer Vertrauensstellung ergeben wird, bei Fremden aus besonderen Umständen zu entnehmen sein, z. B. wenn ein Gewehrmodell einer militärischen Kommission vorgelegt wird (RG. in GewRschutz VI S. 196). Ob die näheren Umstände die Benutzung als vertrauliche kennzeichnen, ist Tatfrage, und es lassen sich auch nicht annähernd erschöpfend die einzelnen Merkmale hier anführen. Man muß sich mit dem Bild begnügen, das das PA. (Gareis IV S. 30 ff.) entwirft, wenn es den Kreis derjenigen Personen beschreibt, deren Kenntnis nicht schadet. Dazu gehören „außer dem Erfinder selbst und dessen Rechtsnachfolgern zunächst diejenigen Personen, die bei der Ausnutzung der Erfindung entweder dauernd — als Beamte, Arbeiter — oder vorübergehend — als Handwerker, Monteure, Lieferanten — tätig sind, sodann aber auch diejenigen,

denen durch die oben bezeichneten Personen, oder durch den Erfinder selbst eine vertrauliche Mitteilung über die Erfindung gemacht, oder gegen das Versprechen des Stillschweigens ein Einblick in die Fabrikation gestattet worden ist".

Ob man dieses Resultat mit dem PA. (a. a. O.) aus dem Nachsatz des § 2 von der Nachbenutzungsmöglichkeit für „andere Sachverständige" herausliest, denen ein interner Kreis gegenüberstehen müßte[1]) oder mit RG. dieselbe Konsequenz aus dem Worte „offenkundig" zieht, ist von geringer praktischer Bedeutung. Zu einem prinzipiell gleichen Resultat gelangt auch Schanze (Unters. S. 94), wenn er zwischen Beteiligten und Unbeteiligten unterscheidet, und die Kenntnisnahme der letzteren für Offenkundigkeit hält. Doch wird diese Unterscheidung bedenklich, wenn es sich um den Verkauf der Produkte handelt. Denn da der Käufer zu den Beteiligten gehört, wäre dessen Kenntnis nicht schädlich und man kommt zu dem Ergebnis, daß nur der Verkauf im offenen Laden als offenkundig anzusehen ist. Dies steht aber im Widerspruch mit der sonst auch von Schanze anerkannten Unterscheidung zwischen Offenkundigkeit und Oeffentlichkeit. Maßgebend ist vielmehr auch hier die Auferlegung der Geheimhaltungspflicht und weiter die relative Zahl der Verkäufe im Verhältnis zum Bedarf (RG. bei Gareis IV S. 72 ff.). Während z. B. der Verkauf einer einzigen neuerfundenen Maschine ausreichen kann, um eine offenkundige Benutzung darzustellen, wird bei Massenartikeln der Absatz einer größeren Zahl zu verlangen sein.

Für die Beurteilung der Offenkundigkeit ist aber nur die objektive Sachlage, nicht die Absicht des Benutzenden maßgebend. Denn ebenso wie bei Druckschriften der Vermerk

[1]) Ebenso Schanze: Unters. S. 87 ff., anscheinend auch Robolsky. Anders RG. bei Gareis VI S. 97 f.; Isay S. 83.

„als Manuskript gedruckt" die Oeffentlichkeit nicht ausschließt, so ist ein Betrieb trotz des Anschlags „Unbefugten ist der Eintritt verboten" offenkundig, wenn nicht tatsächlich Vorkehrungen zur Wahrung des internen Charakters getroffen werden. Deshalb kann offenkundige Benutzung auch dann vorliegen, wenn wider den Willen des Geschäftsherrn durch Mißbrauch des Vertrauensverhältnisses Fremde Einblick in den Betrieb nehmen können. Doch möchte ich nicht so weit gehen wie Allfeld (S. 49), wonach „eine Benutzung vor Vertrauenspersonen nachträglich eine offenkundige dadurch werden kann, daß das Geheimnis ausgeplaudert wird"[1]). Denn es genügt nicht, daß Fremde von der Erfindung Kenntnis erlangen, vielmehr muß die Offenkundigkeit eine Eigenschaft der Benutzung sein. Das Bekanntwerden durch Vertrauensbruch kommt eben, wie PA. (Gareis IV S. 48 f.) hervorhebt, „nicht als Beweismoment für die frühere Offenkundigkeit der Benutzung, sondern als selbständiger Nichtigkeitsgrund in Betracht". Wenn also die Indiskretion zu einer Beschreibung in öffentlichen Druckschriften oder zu offenkundiger Benutzung führt, so vernichtet dieses die Neuheit der Erfindung, aber die Mitteilung allein schadet nicht.

Die offenkundige Benutzung soll im Gegensatze zur Beschreibung in öffentlichen Druckschriften nur für die Neuheitszerstörung maßgebend sein, wenn sie im Inlande stattgefunden hat. „Der Grund dieser Verschiedenartigkeit in der Behandlung der durch Druckschriften bezw. durch offenkundige Be-

---

[1]) Ebenso Seligsohn S. 27. Wenn Rosenthal S. 67 und Klostermann S. 131 zu dem gleichen Ergebnisse kommen, so ist das darauf zurückzuführen, daß sie § 2 exemplikativ auffassen. Die von mir vertretene Ansicht wird überzeugend verteidigt von Schanze: Unters. S. 105 ff. (vgl. auch die dort zit. Entsch.); ebenso Isay S. 73, 83; Schmid S. 133; Kaiser S. 85.

nutzung bewirkten Veröffentlichung liegt vornehmlich in der leichten und ausgedehnten Verbreitung der Druckschriften". (Mot. I S. 18.) Unter Inland ist das territoriale Gebiet des Deutschen Reiches zu verstehen. Der völkerrechtliche Begriff kommt natürlich nicht in Betracht. Daher ist das Botschafterhotel eines fremden Staates in Berlin im Sinne des PatR. als Inland anzusehen. Zum Inland gehören aber auch die deutschen Schiffe, selbst wenn sie sich auf hoher See befinden, ebenso die Schutzgebiete und nach Allfeld (S. 50, 92) auch die Konsulargerichtsbezirke.[1])

Kohler (PatR. S. 41) hält diese Beschränkung auf das Inland nicht für gerechtfertigt und es wird ihm de lege ferenda beizustimmen sein, wenn er meint, daß sich technische Industriekreise nicht nach Landeskreisen abteilen lassen. Bei der Beratung des französischen Gesetzes wurde diese Beschränkung auch ausdrücklich verworfen. Im übrigen ist in unserem publizistischen Zeitalter, wo eine offenkundig benutzte Erfindung gewöhnlich auch in irgend einem technischen Lehrbuche oder in einer Fachzeitschrift beschrieben sein wird, das erste Moment der Neuheitszerstörung das praktisch wichtigere.

[1]) Anders bezüglich der Konsulargerichtsbezirke Kohler: Hdb. S. 66 ff.; Seligsohn S. 23; Isay S. 81; Kaiser S. 87; Kent S. 33.

III. Teil.

§19. Gewerbliche Verwertbarkeit.

Neben den bisher behandelten Begriffen der Erfindungseigenschaft und der Neuheit ist die dritte Voraussetzung des Patentschutzes die Möglichkeit der gewerblichen Verwertung. Ueber diesen Begriff gab es früher eine Fülle der verschiedenartigsten Ansichten und es ist das Verdienst Schanze's (ErfuMust. S. 236 ff.), in diesem Chaos Klarheit geschaffen zu haben. Und wenn vordem vielfach Verwertung mit Rentabilität identifiziert wurde, so ist dem entschieden entgegenzutreten und daran festzuhalten, daß die Rentabilität weder hier noch an anderen Stellen als Voraussetzung der Patentierbarkeit in das Patentrecht eingeschmuggelt werden darf. Denn wenn eine Patententscheidung auch stets ein Werturteil ist, so ist doch nicht der finanzielle, sondern der technische Wert Gegenstand der Beurteilung.

Der Begriff „Verwertung" hat also keine Beziehung zu der Einträglichkeit der Erfindung und deshalb ist es auch verfehlt, einen Unterschied zwischen dem Worte „Verwertung" und dem im österreichischen PatG. gewählten Ausdruck „Anwendung" herausinterpretieren zu wollen. Beide Begriffe bringen kein akzessorisches Merkmal, welches nicht schon im Erfindungsbegriff enthalten wäre und werden nicht um ihrer selbst willen, sondern lediglich wegen ihrer besonderen Charakteristik als „gewerblich" erwähnt.[1]) Die Bestimmung

[1]) So die herrschende Meinung, speziell Schanze; ErfuMust. S. 262, Unters. S. 421 ff., Beitr. S. 16; Damme S. 153 und in

in § 1 des PatG. ist also, um mit Schanze zu reden, so aufzufassen: „Patente werden erteilt für neue Erfindungen, deren Verwertung eine gewerbliche ist".

Die Praxis allerdings kommt der Auffassung, daß im geltenden Rechte das Moment der Verwertung schon im Erfindungsbegriff enthalten ist, nicht entgegen und begründet viele Abweisungen mit dem Mangel der gewerblichen Verwertbarkeit, wo es tatsächlich an der Erfindungsqualität fehlt. So wird z. B. ein perpetuum mobile mit dem Bescheide zurückgewiesen, daß der Gegenstand eine gewerbliche Verwertung nicht gestatte, während ihm doch tatsächlich das Moment der Ausführbarkeit und damit die Erfindungseigenschaft mangelt. Ueberhaupt können für diese Frage Entscheidungen der Praxis nicht beigezogen werden, weil diese hier noch mehr als die Theorie bald nach der einen, bald nach der anderen Seite neigt.

Und auch in der Literatur gehen die Ansichten auseinander. Schanze meint, es sei mit dem Worte Verwertung nur die Ausführbarkeit getroffen, andere Schriftsteller (Allfeld, Hausding, Seligsohn u. a.) sind der Ansicht, Verwertbarkeit bedeute das Vorhandensein des Ausführbarkeits- und des Brauchbarkeitserfordernisses und beide Meinungen berufen sich auf die gleiche Stelle der Motive. Nach Mot I (S. 17) besteht nämlich die gewerbliche Verwertbarkeit „in der Herstellung des erfundenen Gegenstandes oder in seinem Gebrauche innerhalb eines gewerblichen Betriebes". Während nun Schanze glaubt, daß mit „Herstellung" die Ausführung der Erzeugnis- und mit „Gebrauch" die Ausführung der

Chemische Industrie 1897 S. 465 ff.; Allfeld S. 20 f.; Isay S. 63 f.; Robolski S. 36 ff.; Seligsohn S. 46; Hausding S. 212; Kent S. 142. A. M. Wagner und Ephraim in einem Aufsatze: „Das österreichische PatG. und die chemische Industrie" (Berlin 1897); Stephan-Schmid S. 96; Kaiser S. 68.

Verfahrenserfindungen, mit beiden Worten also das Moment der Ausführbarkeit gemeint sei, wird man vom Standpunkte der anderen Ansicht aus in dem Worte „Herstellung" die Berücksichtigung der Ausführbarkeit, in „Gebrauch" den Hinweis auf die Brauchbarkeit sehen. Die letztere Ansicht ist, da der gewerbliche Charakter nur nach der Seite der Ausführbarkeit oder des Gebrauches feststehen muß, die weitere. Darnach ist eine Erfindung nicht nur dann gewerblich verwertbar, wenn sie in einem Gewerbe ausgeführt werden kann, sondern auch dann, wenn ihr Zweck auf eine Förderung des Gewerbes gerichtet ist. Die Auffassung des Begriffes „Verwertung" geht Hand in Hand mit der engeren oder weiteren Interpretation des Wortes „gewerblich" und deshalb wird sich eine Klärung nur zugleich mit einer Beleuchtung dieses strittigen Begriffes ergeben.

Es lassen sich drei verschiedene Auffassungen unterscheiden:

Die herrschende Meinung[1]) versteht „gewerblich" im weitesten Sinne gleichbedeutend mit gewerbsmäßig (in § 4 PatG.), wobei es auf die Regelmäßigkeit des Wirkens und die Richtung auf das Publikum im Gegensatz zur Privatbenützung ankommt. Gleichgültig aber ist, um welche Sparte des Wirtschaftslebens es sich handelt; die Landwirtschaft, der Handel, Berg- und Forstwirtschaft stehen der Industrie vollkommen gleich. Diese Ansicht stützt sich auf Mot I (S. 21), wonach sich der Patentschutz auf sämtliche Arbeitsmittel bezieht, „mögen dieselben in den Gewerben, in der Land- oder Forstwirtschaft, im Bergbau oder auf einem sonstigen Gebiete produktiver Arbeit verwendet werden".

[1]) Allfeld S. 22; Kohler: Hdb. S. 432 ff., PatR. S. 67; Rosenthal S. 45; Gareis S. 30 ff.; Schmid S. 127; Stenglein S. 116.

Und wenn es an einer anderen Stelle der Motive heißt: „Die Aufstellung neuer Methoden des Ackerbaues und des Bergbaues ist von dem Patentschutze ausgeschlossen", so ist damit, nach dieser Ansicht, die Ausschließung der Methoden betont und nicht die Interpretation des Wortes „gewerblich" beabsichtigt.

Eine zweite Ansicht faßt den Begriff „gewerblich" enger[1]) und versteht unter Gewerbe in diesem Sinne diejenige Tätigkeit, welche auf die Gewinnung, Bearbeitung oder Verarbeitung von Rohstoffen gerichtet ist. Darnach ist zwar „gewerblich" nicht identisch mit „gewerbsmäßig", aber immerhin werden Landwirtschaft und Bergbau, überhaupt die Gebiete der Urproduktion, in den Bereich des Patentrechts gezogen, da auch diese sich mit der Gewinnung von Rohstoffen befassen. Es bestehe ja für die Erfindungen auf diesem Gebiete dasselbe Schutzbedürfnis wie für die übrigen Erfindungen; auch stünden weder Wortlaut noch Begründung des Gesetzes dieser Interpretation im Wege. Handel aber, sowie Jagd und Fischerei wären nach dieser Ansicht nicht als gewerbliche Gebiete im Sinne des PatG. anzusehen. Da aber die Erfindungen auf dem Gebiete des Handels u. dgl. meist schon deshalb nicht patentierbar sein werden, weil es an dem Erfordernis des technischen Elements fehlt, trifft praktisch wenigstens diese Ansicht mit der vorigen zusammen.

Im Gegensatz dazu beschränkt die dritte Ansicht, die speziell von Schanze verfochten wird[1]), das Wort „gewerblich" auf die Gebiete der Be- und Verarbeitung von Rohstoffen, d. i. die Industrie. Zu dieser Interpretation glaubt Schanze aus der Entstehungsgeschichte sowohl des deutschen

[1]) Hausding S. 10 ff.; Seligsohn S. 46 f.; Kent S. 143.

[2]) Schanze: ErfuMust. S. 267 ff., Unters. S. 434 ff., Beitr. S. 59 ff., 167, 202 ff.; Landgraf S. 2 f.; PA. bei Gareis XIII S. 11; in PMZBl. 1905 S. 4 u. a.

wie des österreichischen PatG. genügend Anhaltspunkte zu finden und schließt, de lege lata wenigstens, nicht nur die Gebiete des Handels, der Fischerei u. dgl., sondern auch die der Urproduktion, wie Landwirtschaft, Bergbau usw. vom Patentschutz aus.

Nun ist der praktische Unterschied zwischen den verschiedenen Meinungen zwar nicht so groß, wie es bei einem flüchtigen Blick in die starre Theorie den Anschein hat. Denn selbstverständlich will auch Schanze nicht etwa einem Kompaß oder einem Pfluge die Patentfähigkeit absprechen. Denn die Erzeugniserfindungen wären ja schon deshalb gewerblich verwertbar, weil ihre Ausführung durch die Industrie erfolgt. Vielmehr wird der Streit speziell bei den Verfahrenserfindungen von Bedeutung; hier aber bleibt auch eine Divergenz der Ansichten im Lichte der Praxis. So sind nach Schanze und seiner Ansicht Stenographie-, Chiffrier- und andere Systeme wegen Mangels des gewerblichen Charakters vom Patentschutze ausgeschlossen, während sie nach der anderen Ansicht nur von dem Standpunkte des Erfordernisses der Naturkraftwirkung (§ 10) aus dem Gebiete des Patentrechts auszuscheiden sind.

In verschiedenem Lichte zeigt sich auch ein interessanter Fall aus der französischen Praxis (PBl. 1879 S. 399 f.), je nachdem man ihn durch die Brille der einen oder anderen Ansicht betrachtet. Es handelte sich um die Patentierung eines Verfahrens, die Rinde der Korkeiche ohne Krusten und Spalten zu gewinnen. Dies wurde dadurch erreicht, daß der Baumstamm, wenn der Kork abgenommen war, mit Leim bestrichen und dadurch der Zugang der Luft abgehalten wurde, sodaß einerseits Wurmstiche, andererseits Krustenbildung verhindert wurden. In ihrem Gutachten wiesen vier bedeutende französische Patentschriftsteller den Versuch zwischen dem

Gebiete der Land- und Forstwirtschaft einerseits und der Industrie andererseits zu scheiden, als ungerechtfertigt zurück. Sofern es sich nicht um eine rein wissenschaftliche Methode handle, das auf keinem Gebiete als Erfindung anzusehen sei, sei ein solches Verfahren patentfähig.

Unterschreibt man dagegen die Ansicht Schanzes, dann wäre einem solchen Verfahren der gewerbliche Charakter und damit die Patentfähigkeit abzusprechen.

Der Streit der Meinungen wird durch die überzeugenden Ausführungen Isays (S. 63 ff.) vermittelt. Nach dem Gang der historischen Entwicklung, wonach sich das PatG. auf die Gewerbeprivilegien und auf die Zollvereinsübereinkunft vom Jahre 1842 aufbaut, die sich beide unter Ausschluß der Gebiete der Urproduktion auf das Gewerbe im engeren Sinn bezogen, hält Isay für die Zeit der Abfassung des PatG. die Ansicht Schanzes für richtig. In der Zwischenzeit ist der Sinn des Wortes „gewerblich" aber ein weiterer geworden, wie aus dem Schlußprotokoll des Unionsvertrags vom 20. März 1883 (b. Allfeld S. 729 f.) hervorgeht: „Die Worte „Gewerbliches Eigentum" sollen in ihrer weitesten Bedeutung verstanden werden, derart, daß sie nicht bloß auf Gewerbeerzeugnisse im eigentlichen Sinne, sondern ebenso auf die Erzeugnisse des Ackerbaues (Wein, Getreide, Früchte, Vieh ꝛc.) und auf die in den Handel gebrachten mineralischen Erzeugnisse (Mineralwasser ꝛc.) Anwendung finden." Wenn nun auch, wie die geringe Zahl der Verfahrenspatente auf dem Gebiete der Landwirtschaft und des Bergbaues beweist (Hausding S. 36) das Bedürfnis nach Patentschutz hier nicht sehr groß ist, so scheint doch der präzisen Fassung des Unionsvertrags gegenüber nicht zweifelhaft, daß auch die Gebiete der Urproduktion gewerblichen Charakter im Sinne des Patentrechts haben, daß also nicht nur die Herstellungs-

art, sondern auch der Zweck für die Beurteilung der gewerblichen Verwertung in Betracht kommt. Ob auch der Handel unter den Begriff Gewerbe im Sinne des Patentrechts fällt, ist ein müßiger Streit, denn wie bereits erwähnt, wird dieses Gebiet schon mangels des technischen Charakters vom Patentschutz ausgeschlossen sein. Auf die Industrie (d. i. Gewerbe im engeren Sinne) bezieht sich die Ausführbarkeit der Erfindung und nur auf die Urproduktion (und ev. den Handel) die Brauchbarkeit. Da wir nun auch diese unter Gewerbe verstehen, ergibt sich als Resultat der Erwägungen im Gegensatz zu Schanzes Ausführungen: gewerblich verwertbar sind diejenigen Erfindungen, deren Ausführbarkeit oder Brauchbarkeit auf dem Gebiete der Gewinnung, sowie der Be- und Verarbeitung von Rohstoffen liegt.

Daß nicht der Nachweis der gewerblichen Verwertung erforderlich ist, sondern daß es genügt, wenn sie der prüfenden Behörde nicht ausgeschlossen erscheint, folgt aus dem Wortlaut des Gesetzes und wird auch in der Praxis immer betont.[1]) Unvollkommenheiten junger Erfindungen sollen eben die Patentfähigkeit nicht ausschließen.

Die Forderung des gewerblichen Charakters der Verwertung bildet auch die Grundlage für die Aufstellung der 89 Patentklassen, in welche die Erfindungen beim PA. eingereiht werden. Mag die Klasse nach dem Erzeugnis benannt sein (z. B. Klasse 13: Dampfkessel) oder nach dem Industriezweig (z. B. Klasse 23: Fett- und Oelindustrie), stets stellt eine Klasse ein Gewerbe oder einen Teil eines solchen dar. Die Einteilung rechtfertigt auch das erhaltene Resultat über die Bedeutung des Begriffes „gewerblich"; denn Klasse 45 umfaßt die land- und forstwirtschaftlichen Erfindungen.

[1]) PA. bei Gareis II S. 20 f.; ebenso RG. bei Gareis X S. 28 f. u. a.

IV. Teil.

§ 20. Die negativen Voraussetzungen des Patentschutzes.

Neben den bisher behandelten positiven Voraussetzungen des Patentschutzes, Erfindungseigenschaft, Neuheit und gewerbliche Verwertbarkeit enthält das Gesetz in § 1 Abs. 2 noch negative Voraussetzungen; durch diese werden bestimmte Erfindungen für unpatentierbar erklärt, auch wenn die sonstigen Voraussetzungen vorliegen. Das Gesetz bestimmt:

„Ausgenommen sind:

1. Erfindungen, deren Verwertung den Gesetzen oder guten Sitten zuwiderlaufen würde;
2. Erfindungen von Nahrungs-, Genuß- und Arzneimitteln, sowie von Stoffen, welche auf chemischem Wege hergestellt werden, soweit die Erfindungen nicht ein bestimmtes Verfahren zur Herstellung der Gegenstände betreffen."

Die erste Ausnahme ist, wie in der Patentgesetzgebung der übrigen Kulturstaaten, auch im deutschen PatG. ausdrücklich hervorgehoben, obwohl sie sich aus der Einheit der Rechtsordnung und der Staatsautorität von selbst ergibt. Für die Bestimmung des gesetzwidrigen oder unsittlichen Charakters einer Erfindung ist aber nicht jeder mögliche, sondern nur

der bestimmungsmäßige Gebrauch maßgebend. Denn da wohl alles Bestehende auch zu unerlaubten Zwecken verwendet werden kann, würden wohl wenig patentierbare Erfindungen übrig bleiben. So ist z. B. ein Mittel, das Geschriebene zu löschen, vom Patentschutze nicht ausgeschlossen, obwohl es leicht zu Urkundenfälschung und Betrug verwendet werden kann. Während aber nach Allfeld (S. 29) auch dann die Erfindung abzuweisen ist, wenn aus der Anmeldung hervorgeht, daß die verwerfliche Art der Verwertung zwar nicht die Vorwiegende ist, aber gleichfalls vom Erfinder angestrebt wird, sind Isay (S. 70) und Kaiser (S. 73) der Ansicht, daß im Patentrecht gemäß seinem allgemeinen Rechtsgebiet nur der objektive Zweck der Erfindung entscheidet. Wenn auch prinzipiell Allfelds Ansicht dadurch gestützt sein dürfte, daß die allgemeinen Begriffe auch des Patentrechts nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht (§§ 138, 826) zu beurteilen sind, so wird in der Praxis selten aus der Anmeldung die lediglich subjektiv beabsichtigte Unsittlichkeit oder Gesetzwidrigkeit der Verwertung zu Tage treten, und außerdem würde der Erfinder durch eine Neuanmeldung, die den verwerflichen Nebenzweck mehr verheimlicht, Patentierung erlangen können.

Stets aber wird die Feststellung des gesetzwidrigen oder unsittlichen Charakters Tatfrage sein und es werden sich hier nur wenige Gesichtspunkte streifen lassen, wenn man sich nicht in das Gebiet einer unerschöpflichen Kasuistik begeben will.

Was die gesetzwidrige Verwertung anlangt, so ist es gleichgiltig, welchem Gebiet das betreffende Gesetz angehört, insbesondere schließen neben den Strafgesetzen auch die Bestimmungen der zivil- und verwaltungsrechtlichen Gesetze die Patentierbarkeit aus. Eine Mechanik an der Wahlurne zur Verfälschung des Wahlergebnisses wäre ebensowenig patent-

fähig, wie ein Werkzeug des Taschendiebstahls oder ein Verfahren, abgestempelte Briefmarken in den ursprünglichen Zustand zu versetzen. Es muß sich aber um tatsächliche Verbote, nicht um bloße Einschränkungen handeln. Methoden zur Herstellung von Sprengstoffen sind daher patentfähig, auch wenn durch RGes. vom 9. Juni 1884 polizeiliche Genehmigung für Herstellung, Vertrieb oder Besitz gefordert wird und ebenso ist es mit Verfahren zur Herstellung von Süßstoff, da das Gesetz vom 7. Juli 1902 gestattet, daß der Bundesrat einem oder mehreren Gewerbetreibenden die Erlaubnis zur Herstellung von Süßstoff erteilt.[1])

Die Grenze aber zwischen gesetzwidrigen und unsittlichen Erfindungen zu ziehen, ob z. B. eine Erfindung zum Zwecke des Hazardspieles gegen das Gesetz (§ 862 BGB) oder gegen die guten Sitten verstößt,[2]) ist praktisch ohne Bedeutung.

Was unter den Begriff „unsittliche Erfindung" zu rechnen ist, ergibt sich im einzelnen Fall unter Zugrundelegung der „derzeitigen im deutschen Volke überhaupt anerkannten und ausgeübten Moral" (RG. in JW. 1904 S. 256 f.). Denn es ist selbstverständlich, daß sich die Entscheidung über den unsittlichen Charakter einer Erfindung nicht auf die Ansicht einzelner Bevölkerungsgruppen, sondern nur auf die überwiegende Volksanschauung stützen darf. Daß diese nicht unverrückbar ist, sondern vielmehr in stetiger Bewegung sich verändert, ergibt sich aus dem Fortschritt der Wissenschaft und Kultur und deren bestimmenden Einfluß auf die allgemeinen Begriffe von Moral. Infolgedessen ist es wahr-

[1]) Ebenso Seligsohn S. 48; Schanze: Beitr. S. 242 f.; A. M. Isay S. 70; Stenglein, 3. Aufl. S. 1334.

[2]) Für die erste Alternative spricht sich Isay S. 70 aus, für die andere Auffassung Allfeld S. 31, Kohler: Hdb. S. 131; Seligsohn S. 48.

scheinlich, daß Isay schließlich recht behalten wird, wenn er, gestützt auf die prophylaktische Auffassung Forels, sowie anderer Mediziner und Sozialpolitiker, die Vorbeugungsmittel gegen Empfängnis und Ansteckung (Präservativ u. dgl.) nicht unter die Kategorie der unsittlichen Erfindungen rechnet, weil sie in erster Linie den Zweck haben, die Ansteckung zu verhüten und die Zeugung eines erblich belasteten Nachwuchses zu verhindern. Zur Zeit aber wird wohl die herrschende Meinung in Theorie und Praxis der vielleicht falschen, jedenfalls aber überwiegenden Volksanschauung Rechnung tragen, wenn sie derartige Erfindungen als unsittlich bezeichnet und ihnen den Rechtsschutz versagt.[1])

Jedenfalls aber ist der Begriff Sittlichkeit nicht nur in geschlechtlicher Hinsicht zu verstehen, sondern im weitesten Sinne unter Einrechnung der religiösen, politischen und sozialen Rücksichten. Deshalb ist mit Kohler (a. a. O.) einem Verfahren zur industriellen Verwertung menschlicher Leichen der Patentschutz zu versagen und ebenso einer Gebetsmaschine, soweit sie nicht etwa auf tibetanischen Kultus berechnet ist.

Während der Ausschluß der gesetzwidrigen und unsittlichen Erfindungen der allgemeinen Tendenz der Rechtsordnung entspringt, sind die weiteren negativen Voraussetzungen speziell patentrechtlicher Natur.

Für die Ausschließung von Nahrungs-, Genuß- und Arzneimitteln, soweit sie nicht ein bestimmtes Verfahren betreffen, führen die Mot I (S. 17) als Gründe an: einerseits die Rücksicht auf die Volkswohlfahrt, die eine privilegierte Verwertung im Interesse der Billigkeit und Zugänglichkeit verbietet, andererseits die Verhütung marktschreierischer Reklame.

[1]) Allfeld S. 30; Kohler: Hdb. S. 131; Seligsohn S. 48; RGStr. XXVII S. 115: JW. 1900 S. 489 u. a. A. M. Isay S. 70; Kaiser S. 73; Kent S. 192.

Diese Motivierung hält Kohler (Hdb. S. 183, PatR. S. 71) nicht für stichhaltig. Bezüglich des ersten Grundes sei zu bedenken, daß § 5 Abs. 2 PatG. der Reichsverwaltung im Interesse der Volkswohlfahrt die Möglichkeit der Enteignung gibt, andererseits würde doch gerade die Aussicht auf Patentschutz die Erfinderkreise anspornen und so die Industrie auf den für die Volkswohlfahrt wichtigen Gebieten befruchten; auch wäre eine Verhütung des Reklamemißbrauchs nicht Sache des Patentrechts, sondern des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb. (Ebenso Stuber S. 127.) Ich halte diese Argumentation für überzeugend, zumal da die von den Motiven angeführten Gründe in keiner Weise einen Unterschied zwischen Stoff- und Verfahrenserfindungen rechtfertigen würde, da man weiter aus den gleichen Gründen Schutzmittel an Maschinen zur Verhütung von Unfällen und andere für die Volkswohlfahrt wohltätige Erfindungen auf gleiche Weise vom Patentschutze ausschließen müßte.

Sei aber die Begründung stichhaltig oder nicht, de lege lata sind zweifellos Nahrungs-, Genuß- und Arzneimittel vom Patentschutze ausgeschlossen, soweit sie nicht Verfahrenserfindungen sind. Wenn man als Nahrungsmittel diejenigen Stoffe betrachtet, welche zur Ernährung dienen, als Genußmittel diejenigen, welche auf den Geschmacks-, Gefühls- oder Geruchsinn wohltuend einwirken und als Arzneimittel diejenigen, welche krankhafte Störungen verhüten oder beseitigen, so werden sich diese Definitionen sowohl mit dem Sprachgebrauch decken, als auch mit der Auslegung, welche die gleichen Ausdrücke im Nahrungsmittelgesetz von 1879 (RGBl. S. 145) und RStGB. § 370 Ziff. 5 gefunden haben. Belanglos ist dann eine Grenzziehung zwischen Nahrungs- und Genußmitteln, die sich im allgemeinen wohl mit der Unterscheidung zwischen notwendigen und angenehmen Bedürfnissen

deckt, im einzelnen aber Schwierigkeiten machen würde, da ja Nahrungsmittel auch Genußmittel im weiteren Sinne sind.[1]) Jedenfalls aber — darüber dürfte wohl Uebereinstimmung herrschen[2]) — umfassen alle drei Kategorien jeweils nur diejenigen Gegenstände, deren Anwendung nicht in der bloßen Abnützung, sondern in ihrem Verbrauche besteht, das sind diejenigen Stoffe, die durch den Gebrauch konsumiert werden. Nicht hierher gehören also Schönheits- und Ziermittel, ferner Verbandstoffe, chirurgische Instrumente, Brillen, Bruchbänder u. dgl. In diesem Rahmen aber macht es keinen Unterschied, durch welche Organe die Aufnahme in den Körper erfolgt, so daß Zigarren als Genußmittel anzusehen sind (RGStr. V S. 289), ebenso Parfums;[3]) gleichgültig ist es auch, ob es sich, in der Kategorie der Heilmittel, um innerliche (Verzehren, Einspritzen, Einatmen) oder um äußerliche (Einreiben, Einpinseln) Anwendung handelt.

Die Einigkeit, die in der Literatur über diese Punkte herrscht, endigt bei der Frage, ob unter Nahrungs-, Genuß- und Arzneimittel auch solche für Tiere zu verstehen sind.

[1]) Im Entwurf war auch nur von „Genuß- oder Arzneimitteln" die Rede, wobei unter ersteren die Nahrungsmittel inbegriffen waren. „Um jedoch keinen Zweifel darüber aufkommen zu lassen und um dieselben Worte zu gebrauchen, welche das RStGB. (§ 370 Nr. 5) anwendet, nahm die Kommission den Antrag an, anstatt „Genuß- und Arzneimittel" zu setzen: „Nahrungs-, Genuß- und Arzneimittel" (Komm.-Ber. I S. 6).

[2]) Allfeld S. 30 f.; Kohler: Hdb. S. 174, PatR. S. 72 f.; Isay S. 71; Stephan-Schmid S. 16; Robolski S. 41; Seligsohn S. 50; Kaiser S. 75; Olshausen: Kommentar zum StGB. S. 1393.

[3]) Ebenso Allfeld S. 30; Kohler S. 173; Klostermann S. 117; RGRechtsspr. II S. 294 und die meisten Kommentare zu § 370 Ziff. 5 StGB. a. M. Gareis S. 32; Dambach S. 5.

Während diese Frage von der herrschenden Meinung verneint wird,[1]) kommt Isay durch die Erwägung, daß sich die Ausschließung der drei Kategorieen von Erzeugniserfindungen nur dadurch begründen läßt, daß es sich hier um Stoffe handelt, die durch räumlich nicht bestimmbare innere Eigenschaften wirken, zu der Ansicht, daß Nahrungs- und Arzneimittel für Tiere, für welche die gleiche ratio legis maßgebend sei, gleichfalls vom Patentschutz ausgeschlossen seien.[2]) Abgesehen davon, daß Isays Begründung vielleicht ebenso zweifelhaft ist, wie die der Motive, hier scheint sie mir keinesfalls ausschlaggebend. Denn wenn auch, wie oben dargelegt, die zwei Gründe, welche die Motive für die Ausnahme anführen, einer Kritik nicht standhalten, so zeigen sie doch, daß nur auf ihrer Basis der Gesetzgeber zu der Ausnahmebestimmung kam. Mag diese nun de lege ferenda wünschenswert erscheinen oder nicht, eine Auslegung ist hier nur vom Standpunkt des Gesetzgebers aus möglich. Darnach sind auch im deutschen, ebenso wie im österreichischen PatG., wo dies ausdrücklich bestimmt ist (§ 2 Ziff. 4a), nur solche Nahrungs-, Genuß- und Arzneimittel vom Patentschutz ausgeschlossen, welche für Menschen dienen sollen. (Anders das ungarische PatG. von 1895 § 2 Ziff. 4.)

Die dritte vom PatG. bestimmte Ausnahme betrifft die

---

[1]) Jetzt auch von Kohler (Hdb. S. 173 f.). Dieser verstand früher unter Nahrungs- und Genußmitteln nur die für Menschen bestimmten, unter Arzneimitteln dagegen auch solche für Tiere (ebenso Schmid S. 130); gegen diese Ansicht Allfeld, der eine verschiedenartige Beantwortung der Frage mit Rücksicht auf die enge Zusammenfassung der drei Begriffe für unzulässig hält.

[2]) Ebenso Seligsohn S. 50; Stenglein S. 118 und mit anderer Begründung Dambach S. 5; Rosenthal S. 51; in der 4. Aufl. (1909) steht jedoch Stenglein auf dem Standpunkt der herrschenden Meinung.

chemischen Erfindungen; auch diese sind vom Patentschutz ausgeschlossen, soweit sie nicht Verfahrenserfindungen sind. Die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung läßt am besten ihre Bedeutung erkennen.

Die erste Anregung erfolgte auf der Patentenquete im Jahre 1876, wo Brüning die gesamte chemische Industrie vom Patentrecht ausgeschlossen wissen wollte, weil hier die Beschränkung der freien Konkurrenz empfindlichere Schäden mit sich bringe. Anfangs wollte man von Ausnahmebestimmungen für die chemische Industrie nichts wissen, erst bei der zweiten Lesung des PatG. wurde der Anregung insofern stattgegeben, als wenigstens die chemischen Stofferfindungen für nicht patentfähig erklärt wurden. (Komm.-Ber. I S. 6 ff.). Diese Ausnahme wurde damit begründet, daß die Industrie ein Interesse daran habe, nicht durch Patentierung des Stoffes gehindert zu sein, denselben Stoff auf neuem und vorteilhafterem Wege herzustellen. Wenn auch Kohler (PatR. S. 75) gegen diese Begründung geltend macht, daß in anderen Industriezweigen ein Erzeugnispatent die freie Konkurrenz in der gleichen Weise einenge, so will doch auch er die chemischen Stoffkombinationen vom Patentschutz ausgeschlossen haben und zwar deshalb, weil die chemischen Stoffe als Naturstoffe nicht menschliche Schöpfung seien und deshalb nicht erfunden, sondern nur entdeckt werden können. (Hdb. S. 85 ff.)[1]) Selbstverständlich sind neuaufgefundene Stoffe wie z. B. das Radium niemals Erfindungen, aber wenn z. B. ein zusammengesetzter Stoff im Laboratorium hergestellt wird, so möchte ich dieser Kombination den Erfindungscharakter nicht absprechen. Denn dieser fußt auf dem Boden des Tatsächlichen, und die Erwägung, daß ein chemischer Stoff in der Natur wenigstens vorhanden sein

[1]) Ebenso Osterrieth S. 78.

kann, scheint mir nicht ausschlaggebend. So stimme ich wohl im Resultat mit Kohler überein, halte aber die Begründung der Motive für stichhaltig. Denn während in der mechanischen Industrie ein Produkt durch das Herstellungsverfahren derartig spezialisiert ist, daß ein anderes Verfahren wohl kaum genau das gleiche Produkt erzeugt, führt in der Chemie oft eine große Anzahl völlig verschiedener Verfahren zum gleichen Produkt; deshalb würde auch hier die Patentierbarkeit der Stofferfindung eine größere Gefahr für die Industrie bedeuten, als in anderen Zweigen.

Das deutsche PatG. schließt also vom Patentschutze alle Stoffe aus, welche auf chemischem Wege hergestellt werden, soweit die Erfindung nicht ein bestimmtes Verfahren betrifft. Die Herstellung eines Stoffes auf chemischem Wege kann nun entweder durch Verbindung mehrerer Stoffe (Synthese) oder durch Zerlegen eines Körpers in seine Grundstoffe (Analyse) erfolgen. Daß die Ausnahme nur für die chemische, nicht auch für die mechanische Mischung gilt, ist prinzipiell klar, praktisch aber wird die Scheidung zwischen chemischen und mechanischen Verbindungen oft schwierig sein.[1])

Von einer chemischen Mischung kann man nur dann reden, wenn eine chemische Reaktion eintritt, wenn dagegen eine rein physikalische Modifikation des Stoffes ohne Aenderung der Zusammensetzung der Urstoffe erfolgt, z. B. durch Magneti-

[1]) Ueber die Stellung der chemischen Industrie im Ausland vgl. Stuber S. 53 ff. Völliger Ausschluß chemischer Erfindungen vom Patentschutz nur in Dänemark und bis vor kurzem in der Schweiz, wo Art. 64 der Bundesverfassung den Patentschutz auf modellfähige Erfindungen beschränkte. Gezwungen durch den Druck des deutsch-schweizerischen Handelsvertrags ist im neuen schweizerischen PatG. (in Kraft seit 1. Januar 1908) wenigstens prinzipiell der chemischen Industrie der Patentschutz eröffnet, obwohl die vielen Einschränkungen den Fortschritt fast illusorisch machen. Vgl. darüber Stuber S. 26 f.)

sieren, Firnissen, so liegt nicht eine chemische, sondern eine mechanische Prozedur vor, und es ist mit der ständigen Praxis des PA. ein Stoffpatent zu erteilen. Ebenso liegt eine mechanische Mischung vor, wenn zwar die Zwischenstufen auf chemischem Wege erreicht werden, der Lösungsgedanke aber auf mechanischem Wege liegt.[1]) Ob aber eine chemische oder mechanische Mischung vorliegt, ob also nur das Verfahren oder auch der Stoff patentiert werden kann, ist eine rein technische Frage, bei der jede juristisch-theoretische Entscheidung durch die Praxis jedes einzelnen Falles überholt werden würde. Deshalb möge der kurze Hinweis auf den Ausschluß chemischer Stofferfindungen vom Patentschutz genügen.

Patentierbar aber sind diejenigen Erfindungen von Nahrungs-, Genuß- und Arzneimitteln, sowie von chemischen Prozessen, welche ein bestimmtes Verfahren zur Herstellung der Gegenstände betreffen. Es sollte ja durch die Ausnahmestellung nur verhindert werden, daß durch ein Stoffpatent die gesamte Produktion gebunden werde. Dagegen steht nichts im Wege, daß ein bestimmtes Verfahren zur Herstellung eines dieser Stoffe patentiert wird. In diesem Falle ist nicht nur das Verfahren geschützt, sondern auch die Erzeugnisse, welche mittels des patentierten Verfahrens hergestellt sind. Diese positive Bestimmung des § 4 Satz 2, welche erst das Gesetz vom Jahre 1891 brachte, entschied die Streitfrage, ob die Erzeugnisse, welche mittels eines patentierten Verfahrens im Ausland hergestellt wurden, im Inlande feilgeboten werden dürfen, in negativem Sinne. Aber ein solches Verfahrenspatent hindert nicht die freie Benutzung oder Patentierung

[1]) So Kohler: Hdb. S. 86; Allfeld S. 31; a. M. RG. bei Bolze XXIII Nr. 135.

eines Verfahrens, welches auf anderem Wege zum gleichen Stoffe führt.

Aber nicht die allgemeine chemische Methode, welche auf eine große Anzahl von verschiedenen Fällen anwendbar und deshalb Gemeingut der Technik ist, kann den Gegenstand des Patentrechts bilden, sondern nur ein bestimmtes Verfahren; deshalb muß die Anmeldung eine genau spezialisierte Darlegung des chemischen Arbeitsprozesses enthalten. Der Patentsucher muß also die Maßnahmen, welche zur Herstellung der in Frage stehenden Gegenstände erforderlich sind, darlegen. Daher wird gerade bei den chemischen Verfahrenserfindungen vielfach die Angabe der Gewichts-, Lösungs- und Temperaturverhältnisse notwendig sein.

In diesen Grenzen ist z. B. ein Verfahren zur Konservierung des Fleisches oder zur Herstellung von Fleischmehl, eine Methode zur Fabrikation von Antipyrin oder eines chemischen Farbstoffes patentfähig.

So schließt § 1 Abs. 2 des PatG. verschiedene Gruppen von Erfindungen vom Patentschutze aus, auch wenn die drei positiven Voraussetzungen: Erfindungsqualität, Neuheit und gewerbliche Verwertbarkeit vorhanden sind. Darnach sind völlig unpatentierbar die unsittlichen und gesetzwidrigen Erfindungen, und nur dem Verfahrens-, nicht aber dem Stoffpatent sind zugänglich die Erfindungen von Nahrungs-, Genuß- und Arzneimittel, sowie von Stoffen, welche auf chemischem Wege hergestellt werden.

§ 21. Schlußwort.

Wir haben gesehen, daß das Gebiet der objektiven Voraussetzungen des Patentschutzes ein reichbewegtes Schlachtfeld der widersprechendsten Ansichten ist. Mag auch manche der Meinungsverschiedenheiten mehr ein Streit um Worte als

ein innerer Gegensatz sein, so bleiben doch noch viele Punkte, die trotz einer reichen Literatur, trotz einer dreißigjährigen Praxis nicht geklärt sind. Dieses an sich nicht erfreuliche Bild verliert aber an Schroffheit, wenn man einen Schritt weiter in die Praxis tut.

Mit Recht hebt Kohler hervor (PatR. S. 29) „die Hauptsache im Patentwesen liegt weniger im Gesetze, als in der Art, wie es gehandhabt wird". Kohler befürwortet damit eine milde Praxis des PA. im Erteilungs- und Nichtigkeitsverfahren und wird von der weitaus überwiegenden Meinung in Theorie und Praxis unterstützt (vergl. bei Schanze: ErfuMust. S. 409). Solange der Schutz von Erfindungen lediglich den Charakter von Gewerbeprivilegien trug, solange weiter die Berechtigung des Patentschutzes noch bezweifelt wurde, schien es notwendig, diese Forderung der milden Praxis zu rechtfertigen. So wurde speziell darauf hingewiesen, daß zu Unrecht erteilte Patente, wenn sie wertvoll sind, doch bald durch eine Nichtigkeitsklage beseitigt werden, wenn sie dagegen wertlos sind, durch Einstellung der Gebührenzahlungen ohnedies alsbald zum Erlöschen kommen werden. Heute, wo die Berechtigung des Patentschutzes allgemein anerkannt wird, bedarf eine milde Praxis keiner weiteren Rechtfertigung; es handelt sich um den Schutz der Erfindungen, die naturgemäß schwach und unscheinbar ans Licht treten und erst allmählich, unter diesem Schutze sicher geleitet, wachsen und erstarken. Mag nach dem österreichischen Gesetze, das sich in diesen Bestimmungen (§§ 55, 56) wenigstens dem Wortlaut nach von seinem deutschen Vorbilde unterscheidet, die Interpretation zweifelhaft sein, nach §§ 21, 22 des deutschen PatG., wonach die Anmeldung zurückzuweisen ist, wenn sich ergibt, „daß eine nach §§ 1, 2 und 3 Absatz 1 patentfähige Erfindung nicht vorliegt", ist nur die Aus-

legung möglich: Ein Patent ist zu erteilen bezw. aufrecht zu erhalten, wenn nicht vom PA. bezw. im Nichtigkeitsverfahren vom Kläger nachgewiesen ist, daß eine notwendige Voraussetzung fehlt. Das PA. trifft also die Beweislast.

Vergegenwärtigt man sich beständig diesen Grundsatz der Patentlehre, dann werden sich viele Härten der Theorie mildern, dann werden viele Meinungsverschiedenheiten weniger schroff erscheinen, dann wird die deutsche Patentbehörde wie bisher eine kräftige Mitarbeiterin an dem Fortschritt der deutschen Industrie sein.